Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het ontslag op staande voet

Sagel, S.F.

Citation
Sagel, S. F. (2013, May 30). *Het ontslag op staande voet*. Kluwer, Deventer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/21061

Version:	Corrected Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/21061

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page

Universiteit Leiden

The handle http://hdl.handle.net/1887/21061 holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Sagel, Stefan
Title: Het ontslag op staande voet
Issue Date: 2013-05-30

HOOFDSTUK 2

De eis van onverwijlde beëindiging

2.1 Inleiding

Art. 7:677 lid 1 BW, eerste volzin, bepaalt dat ieder der partijen bevoegd is de arbeidsovereenkomst *onverwijld* op te zeggen om een dringende reden, onder gelijktijdige mededeling van die dringende reden aan de wederpartij. Om de betekenis van dat ene cursief weergegeven woord, dat (te) kort gezegd inhoudt dat een werkgever, wil hij wegens een dringende reden ontslaan, gezwinde spoed zal moeten betrachten nadat hem duidelijk is geworden dat die reden zich vermoedelijk voordoet, draait dit hoofdstuk. In zijn dissertatie uit 1993 is Kuip uitvoerig ingegaan op de ontstaansgeschiedenis van die eis, die hij – in het verlengde van Levenbach – ook wel aanduidt als het vereiste van de "dringendheid van de dringende reden".[1] Om ten opzichte van Kuip niet in herhaling te vallen, wordt hierna onder 2.2 slechts een vrij korte samenvatting gegeven van de herkomst en ontwikkeling van die eis in de afgelopen (ruime) eeuw; voor een uitvoeriger weergave van die ontwikkeling tot het begin van de jaren '90 van de vorige eeuw, zij verwezen naar hetgeen Kuip daarover heeft opgemerkt. Daarna wordt ingegaan op de betekenis van de onverwijldheidseis in de praktijk en de vraagpunten die in dat kader zoal opkomen. De meest overzichtelijke aanpak daarvoor lijkt een chronologische te zijn, waarin achtereenvolgens drie opeenvolgende "onverwijldheidsfases" worden besproken. Daarbij wordt onder 2.3 begonnen met een bespreking van het moment waarop de onverwijldheidsperiode een aanvang neemt, te weten bij het ontstaan van een vermoeden van een dringende reden. Daarna wordt onder 2.4 kort stilgestaan bij de mate waarin de Hoge Raad richting geeft aan de beoordeling of, gerekend vanaf het ontstaan van dat vermoeden, het ontslag vervolgens voldoende voortvarend wordt geïmplementeerd. Daarna wordt, onder 2.5, gekeken naar de eerste fase die volgt op het ontstaan van het vermoeden van een dringende reden, te weten de onderzoeksfase waarin wordt geverifieerd of het vermoeden juist is en daarvan bewijs wordt bijgebracht. Onder 2.6 wordt vervolgens ingegaan op de tweede fase, te weten de periode tussen het moment waarop de werkgever weet (en kan bewijzen) dat zich een dringende reden voordoet en het moment van de opzeggingshandeling. Bezien wordt in hoeverre verder tijdsverloop tussen die twee momenten toelaatbaar is. Het moment van opzegging zal meestal samenvallen met de daadwerkelijke beëindiging, maar dat behoeft niet noodzakelijkerwijs steeds het geval te zijn. Onder 2.7 wordt bezien in hoeverre in die derde fase – te weten tussen opzegging en het einde van het

1 Zie S.W. Kuip, Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden, Deventer, 1993, p. 51 e.v.

dienstverband – rek in de onverwijldheidseis zit. Wil sprake zijn van een onverwijlde beëindiging, dan zal het gehele proces, dus tot en met het moment waarop het ontslag daadwerkelijk intreedt, als "onverwijld" afgewikkeld gekwalificeerd moeten kunnen worden.[2] Onder 2.8, tot slot, wordt ingegaan op de stelplicht en bewijslast ter zake van de onverwijldheidseis, waarna onder 2.9 conclusies worden getrokken.

2.2 De ontwikkeling van de onverwijldheidseis van 1907 tot heden; een (wets)historisch overzicht

2.2.1 De Wet op de arbeidsovereenkomst; een expliciete en een impliciete onverwijldheidseis

Reeds de Wet op de arbeidsovereenkomst van 13 juli 1907 bevatte een expliciet "onverwijldheidsvereiste" voor een ontslag wegens een dringende reden.[3] De voorloper van het huidige art. 7:677 BW – art. 1639o BW – bepaalde namelijk bij zijn inwerkingtreding in 1909 dat "ieder der partijen (…) de dienstbetrekking zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen (kan) doen eindigen, doch de partij, die dit doet zonder dat de wederpartij daarin toestemt, handelt onrechtmatig, tenzij zij (…) de dienstbetrekking aldus doet eindigen om eene dringende, aan de wederpartij onverwijld medegedeelde, reden."

Uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat het woord "onverwijld" pas in de loop van het wetgevingsproces in de tekst van art. 1639o BW terecht is gekomen, ter vervanging van de door het oorspronkelijke ontwerp gestelde eis dat een dringende reden "vooraf", dat wil zeggen vóór het effectueren van het ontslag zou worden meegedeeld. Die verplichting tot mededeling vooraf werd ingegeven door de gedachte dat daarmee aan de ontslagene de mogelijkheid werd geboden om zich te beraden op de vraag of "het beter is zich bij het oordeel neder te leggen of degene die de dienstbetrekking verbrak, in rechte op te roepen en hem te noodzaken de gegrondheid der opgegeven reden te staven."[4] Anders gezegd: de verplichting tot mededeling vooraf werd niet zozeer ingegeven door de gedachte dat daarmee de urgentie van het ontslag werd onderstreept, maar veeleer door de wens om de opgezegde partij de mogelijkheid te bieden om zijn positie te bepalen, zulks uiterlijk op de datum van het ontslag. In de Tweede Kamer klonk kritiek op dit vereiste. Er zouden zich situaties kunnen voordoen, zo werd betoogd, waarin niet van de partij die wegens een dringende reden de arbeidsovereenkomst beëindigde, verwacht kon worden om reeds op dat moment de reden mede te delen. In dat verband werd als voorbeeld genoemd de (vrouwelijke) dienstbode die zich plotseling heeft te beklagen over daden en gedragingen van de werkgever in strijd met de goede zeden en die op staande voet een veilig heenkomen zoekt, met het voornemen om haar vader opdracht te geven om de werkgever te vertellen waarom zij dat heeft gedaan. Anders gezegd: gedacht moest worden aan gevallen waarin het niet van de beëindigende partij gevergd kan worden

2 Vergelijk in die zin ook S.W. Kuip, a.w., p. 57.
3 Zie voor een korte beschouwing over de totstandkoming van deze wet: C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, De eeuw van de Wet op de arbeidsovereenkomst, NJB 2007, p. 1319.
4 Bles, Deel IV, p. 101.

om op het moment van vertrek mede te delen waarom het ontslag is gegeven.[5] Van regeringszijde werd deze kritiek ter harte genomen. De verplichting tot mededeling vooraf werd om die reden vervangen door een verplichting tot onverwijlde mededeling, zij het dat de regering daarbij wel de vingerwijzing gaf dat dit niet moest worden gezien als een vrijbrief tot dralen met de mededeling nadat de beëindiging had plaatsgevonden.[6]

Met dat alles is duidelijk dat het woord "onverwijld" in de wetstekst niet de strekking had te bewerkstelligen dat een partij aan wie een dringende reden was gegeven, daarvan ook onverwijld gebruik diende te maken – de onverwijldheidseis zoals die thans expliciet in art. 7:677 BW is verankerd – maar dat de ratio daarvan veeleer was dat wanneer beëindiging wegens een dringende reden plaatsvond, de dringende reden die daaraan ten grondslag lag (vervolgens) onverwijld werd meegedeeld.[7] Op dat mededelingsvereiste en de in dat kader te betrachten voortvarendheid wordt in het volgende hoofdstuk ingegaan.

Naast deze "expliciete" onverwijldheidseis, die zag op de mededeling van de ontslaggrond, kende de wet echter van begin af aan ook een tweede, zij het *impliciet* verankerde onverwijldheidseis, die wèl overeenkomt met de onverwijldheidseis zoals die thans in de wet is opgenomen. Die impliciete onverwijldheidseis had de strekking dat een partij, nadat haar een dringende reden was gegeven, daarvan ook onverwijld gebruik diende te maken.[8] Uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat die tweede, impliciete, onverwijldheidseis besloten lag in het begrip "dringende reden".[9]

Dat begrip "dringende reden" maakte niet van begin af aan deel uit van de bepaling die uiteindelijk als art. 1639o BW het Staatsblad haalde; in de versie van het wetsontwerp dat aanvankelijk bij de Tweede Kamer werd ingediend, was in plaats daarvan het begrip "grondige reden" die een onmiddellijke beëindiging zou rechtvaardigen, opgenomen. Daarmee week het wetsvoorstel af van het eerdere ontwerp Drucker, waarin de term dringende reden wel was opgenomen en waarmee Drucker – naar Kuip met overtuigende argumenten heeft aangetoond – beoogde aan te geven dat, wanneer zich een dringende reden voordoet, ook (vrijwel) onmiddellijk om die reden moest worden ontslagen.[10] In de Kamer werd kritiek geuit op het begrip

---

5 Bles, Deel IV, p. 102.

6 Zie hierover ook hoofdstuk 3 onder 3.2.1.

7 Zie ook Pres. Rb. Middelburg 31 december 1982, Prg. 1983, 1894, rov. 4.2.

8 Vergelijk in dit verband ook P.W Kamphuisen, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Bijzondere overeenkomsten. Deel III, Zwolle 1950, p 387, die opmerkt "In de wet staat eigenlijk niet te lezen, dat de reden dan dringend is indien zij een ontslag op staanden voet motiveert. Toch wordt dit algemeen aangenomen en terecht, omdat alleen dan gezegd kan worden dat van de betrokken partij niet geeischt mag worden de dienstbetrekking te laten voortduren."

9 Zie in die zin ook o.a. Conclusie A.-G. Biegman-Hartogh voor HR 18 mei 1984, NJ 1984, 720 onder 2, waarin zij een duidelijk onderscheid maakt tussen de twee hier beschreven onverwijldheidseisen alsmede HR 22 april 1983, NJ 1983, 667, rov. 3.1 en HR 21 januari 2000, NJ 2000, 190, rov. 3.10, waarin de Hoge Raad dat ook doet.

10 S.W. Kuip, a.w., p. 51/52. Zie ook de Memorie van Toelichting bij het ontwerp Drucker op art. 55 daarvan waarin Drucker schreef: "Sommige wetten …) schrijven voor, dat de bevoegdheid tot ontslag slechts kan worden uitgeoefende gedurende korten tijd nadat het feit, waarop ze steunt, ter kennis van den werkgever is gekomen. In het algemeen is deze beperking zeer rationeel; doch ook zonder opzettelijke wetsbepaling zal ze door de practijk kunnen worden aangenomen." Bles, Deel IV, p. 119.

grondige reden. Men was van mening dat het woord *grondig* beter vervangen kon worden door het woord *dringend*, juist om tot uitdrukking te brengen dat men bij een beëindiging op staande voet te maken moest hebben met omstandigheden "die het verklaren, ja rechtvaardigen dat eene der partijen onmiddellijk een einde maakt aan de dienstbetrekking." Met hantering van het woord *dringend* zou de urgentie van de reden beter tot zijn recht komen.[11] Van regeringszijde werd met deze kritiek meegegaan en het woord *grondig* werd vervangen door het woord *dringend.*[12] Ter illustratie van de betekenis van dat begrip gaf de toenmalige Minister van Justitie Van Raalte aan dat daarbij sprake moest zijn van "periculum in mora" – gevaar bij uitstel van de beëindiging van het dienstverband. Ook dat duidde erop dat spoedeisendheid van de beëindiging inderdaad in het begrip dringende reden besloten lag. Kuip wijst er daarnaast met juistheid op dat het vereiste van een spoedige beëindiging bij een dringende reden ook besloten lag in het toenmalige wettelijke stelsel, dat door de Wet op de arbeidsovereenkomst werd geïntroduceerd:

> "De partij die de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wenst te beëindigen, kan dit reeds op zeer korte termijn bewerkstelligen door de dienstbetrekking op te zeggen. De opzeggingstermijn, zo bepaalt art. 1639i BW, is namelijk gelijk aan het tijdvak dat gewoonlijk tussen twee opeenvolgende loonbetalingen verstrijkt, hetgeen in die tijd inhoudt, dat de dienstbetrekking veelal kan worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van één week. Daaruit vloeit voort dat in het abnormale geval, namelijk wanneer er een dringende reden aanwezig is, de dienstbetrekking op een nog kortere termijn dient te worden beëindigd."[13]

Uit de wetsgeschiedenis blijkt overigens dat de beide "onverwijldheidsvereisten" – het *expliciete* vereiste van onverwijlde *mededeling* van de dringende reden en het *impliciete* vereiste van onverwijlde *beëindiging* als zich zo een reden voordoet – van regeringszijde bepaald niet steeds even zorgvuldig uit elkaar werden gehouden. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer verwoordde de Minister de ratio van de met zoveel woorden in de wet verankerde eis van onverwijlde mededeling van de dringende reden aldus dat deze ertoe zou strekken te voorkomen dat een partij aan wie een dringende reden gegeven was, deze geruime tijd in portefeuille zou kunnen houden om deze vervolgens, maanden later, op een hem conveniërend moment alsnog in te roepen en de arbeidsovereenkomst op die grond te beëindigen:

> "Wat het artikel bedoelt, wat het wil voorkomen, is dit; er wordt door een van de beide partijen aan de andere partij een dringende reden gegeven om de dienstbetrekking te doen eindigen. Daarna echter verandert er niets in de feitelijke verhouding, geen van de beide partijen spreekt er over, maar maanden later gebeurt het een of ander en gaat een van de twee partijen zich beroepen op dit maanden geleden gebeurde voorval en zegt: ik vind daarin een reden om de dienstbetrekking te doen eindigen. Dit heeft het artikel willen verhinderen. Men moet aanstonds laten merken dat die dringende reden ingeroepen wordt; men moet er geen tijd overheen laten gaan."[14]

---

11 Bles, Deel IV, p. 102/103.
12 Bles, Deel IV, p. 104.
13 S.W. Kuip, a.w., p. 53.
14 Bles, Deel IV, p. 115.

Wat de Minister hiermee in feite lijkt te bespreken, was de hiervoor genoemde *impliciete* onverwijldheidseis die in het begrip "dringende reden" besloten lag en niet de eis van onverwijlde mededeling van de ontslaggrond als vervat in de tekst van de wet.[15] Hoe dat ook zij, datgene wat thans bekend staat als de onverwijldheidseis, dat wil zeggen de eis dat een werkgever voortvarend moet ontslaan wil sprake zijn van een rechtsgeldig ontslag op staande voet, gold gelet op het voorgaande meteen vanaf de inwerkingtreding van de wet en wel omdat die eis besloten lag in de term dringende reden.

2.2.2 Het arrest Verbruggen/Verhoef; de Hoge Raad bekent kleur

Reeds korte tijd na inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst, te weten in het arrest *Verbruggen/Verhoef* van 14 november 1913, erkende ook de Hoge Raad de in het begrip dringende reden besloten liggende eis van onverwijld ontslag. Hij besliste daarin, onder uitvoerige verwijzing naar de wetsgeschiedenis, dat "onder dringende redenen in gemeld art. 1639o zijn te verstaan de zoodanige die den werkgever tot onverwijlde beëindiging der dienstbetrekking nopen, waardoor wordt uitgesloten, dat het aan de werkgever zoude vrijstaan om op grond van eene dringende reden de arbeidsovereenkomst eerst na verloop van een door hem te bepalen tijd te doen eindigen."[16] In een arrest van een jaar nadien herhaalde de Hoge Raad deze beslissing.[17] Daarin overwoog de Hoge Raad letterlijk:

> "dat uit de geschiedenis dier beide bepalingen (1639o en 1639p, toevoeging SFS) en haar onderling verband volgt, dat voor opzegging der dienstbetrekking tussentijdsch zonder daarbij schadeloosstelling te geven, nimmer kan gelden een reden, die den werkgever niet noopt tot *onmiddellijk* ontslag en de wetgever dus aan een reden het karakter van te zijn een *dringende* reden ontzegt zoo de werkgever den arbeider niet onmiddellijk ontslaat, doch de dienstbetrekking nog eenigen tijd laat voortduren en alzoo het einde daarvan naar zijn goedvinden zoude worden bepaald."
> Cursiveringen in het origineel

Uit een korte tijd later, in 1918, gewezen arrest viel overigens af te leiden dat deze eis van onmiddellijk ontslag er niet aan in de weg stond dat bij het onmiddellijk geven van ontslag wel een, zij het (zeer) korte, "uitlooptijd" gehanteerd mocht worden, bijvoorbeeld wanneer een ordelijke overdracht van het werk dat vereiste.[18]

---

15 In de literatuur werd wel betreurd dat de eis van onmiddellijke beëindiging niet expliciet in de tekst van de wet was verankerd. Zie in die zin S.G. Canes, Critisch systematisch commentaar op de Wet op het arbeidscontract, Groningen 1908, p. 296.

16 HR 14 november 1913, NJ 1913, p. 1268, vide met name p. 1271, cursivering in het citaat toegevoegd. Zie voordien reeds in gelijke zin de lagere rechtspraak: Ktg. Maastricht 16 februari 1912, RBA IV, 13/14; Ktg. Rotterdam 1 april 1912, RBA IV, 19/20; Ktg. Breda 19 november 1912, NJ 1913, 109; Ktg. Amsterdam 1 mei 1911, RBA III, 12/13; Ktg. Dordrecht 16 juni 1910, RBA II, 7/8; Ktg. Almelo 6 januari 1910, RBA I, 25/26; Ktg. Schiedam 5 oktober 1909, RBA I, 11 en Ktg. Enschede 18 maart 1909, RBA I, 2.

17 HR 24 december 1914, NJ 1915, p. 268. Daarna wederom herbevestigd in onder meer HR 30 oktober 1924, NJ 1924, 1211.

18 Zie HR 21 juni 1918, NJ 1918, 769; zie over de mogelijkheid van enig tijdsverloop tussen de aanzegging van het ontslag en de ingang daarvan hierna onder 2.6.

De door de Hoge Raad in 1913 gekozen benadering kon in meerderheid op instemming rekenen, maar er waren critici. Zo wees Marx erop dat de benadering van de Hoge Raad niet noodzakelijkerwijs uit de letter van de wetstekst volgde en dat de eis om bij constatering van een dringende reden onmiddellijk te ontslaan ook tot ongewenste gevolgen zou leiden. Het was zijns inziens niet uit te leggen dat een werkgever, geconfronteerd met een dringende reden van een belangrijke werknemer wiens onmiddellijk vertrek "bedrijfsstremmend" zou werken, "redelijkerwijs" gehouden zou zijn om toch onmiddellijk te ontslaan voordat een vervanger was gevonden. "Ook het begrip dringende reden" – zo Marx – is betrekkelijk en een "drang tot dienstbeëindiging wegens zeker feit mag eerst effect sorteeren, wanneer de bijkomende omstandigheden niet meer een nog sterkeren drang tot dienstbestendigen uitoefenen". Marx pleitte dan ook voor een benadering waarin de partij aan wie een dringende reden wordt gegeven, die dringende reden wel onverwijld aan de wederpartij heeft *op te geven*, maar deze niet onverwijld hoeft te *gebruiken.* De dringende reden zou, anders gezegd, mits wel onverwijld gecommuniceerd aan de wederpartij, vervolgens best enige tijd in de spreekwoordelijke achterzak gehouden kunnen worden, te weten tot het moment waarop van de partij aan wie de dringende reden was gegeven, redelijkerwijze niet meer gevergd kon worden het dienstverband voort te zetten. Dat kon, in de optiek van Marx, veel later zijn dan het moment waarop de werkgever kennis nam van de reden.[19] De opvatting van Marx werd vanuit gezaghebbende hoek bestreden. Zo merkte Meijers in de derde druk van zijn "Aantekeningen" op de Wet op de arbeidsovereenkomst uit 1924 op dat Marx hoegenaamd miskende dat het uitstellen van de opzegging, het doen voortbestaan van de dienstbetrekking, in strijd is met het toekennen van een dringend karakter – hetgeen zijns inziens naar zijn aard een hoog uitzonderingskarakter heeft – aan de reden van opzegging.[20] Ook Levenbach verzette zich, onder meer in een bijdrage uit 1941, tegen de opvatting van Marx, waarbij hij er op wees dat de wet als dringende reden kwalificeerde feiten die een ernstig plus spoedeisend karakter dragen: "Dat 'redelijkerwijze niet gevergd kan worden de dienstbetrekking te laten voortduren' stelt de wet als criterium. En dit beteekent niet 'tot in de verre toekomst' te laten voortduren, want om te gelegenertijd een einde aan de arbeidsovereenkomst te maken biedt de wet de gewone middelen."[21] Van het begrip "dringende reden" maakt, zo Levenbach, een "subjectief" element deel uit, dat inhoudt dat de werkgever op een dringende reden behoort te responderen met onmiddellijke beëindiging; doet hij dat niet, dan geeft hij daarmee aan dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, de betreffende misdraging voor hem in dit geval toch geen dringende reden opleverde.[22] Daaraan voegde Levenbach nog fijntjes toe dat "een bijna 30-jarige constante

19 A.J. Marx, De aanwezigheid der dringende reden en hare gevolgen, RBA VII (1916), p. 1 e.v.

20 E.M. Meijers, De Arbeidsovereenkomst, Haarlem 1924, p. 188. Zie in die zin ook N.K.F. Land, Verklaring van het burgerlijk wetboek, Deel V Bijzondere overeenkomsten, 2e druk bewerkt door C.W. Star Busmann en P.A.J. Losecaat Vermeer, 1915-1932, p. 339; J.L.F. Engelhard en A.W. Verheyden, De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid, Leiden 1934, p. 262/263; M.B. Vos, De dringende reden in cassatie, RBA XX, 69, onder 1.

21 M.G. Levenbach, De dringendheid der dringende reden, RBA XXVII, p. 43.

22 Zie over het verschil tussen de objectieve en de subjectieve dringende reden hierna onder 4.4.

jurisprudentie" in andere dan de door Marx verdedigde zin "ook reeds een voldoende argument tegen een thans nog aanvaarden van zijn mening" zou vormen.[23] Dat jurisprudentiële autoriteitsargument overtuigde twee andere auteurs, Van Creveld en Von Geldern, niet. In twee artikelen uit respectievelijk 1948 en 1950 braken ook zij een lans voor een verruiming van de mogelijkheid om, als zich een dringende reden voordoet, niet onmiddellijk, maar op termijn te ontslaan, zulks met name met een beroep op de praktische onwenselijkheid van de heersende leer. Van Creveld merkte in dat verband op dat het wangedrag niets van zijn betekenis verliest als een ontslag niet terstond, maar met inachtneming van een termijn wordt gegeven. Die leer zou in de weg staan aan "een daad van eenvoudige menselijkheid, om hetzij de arbeider-zelf, hetzij diens gezin, een helpende hand toe te steken", door hem een "terme de grâce" te gunnen.[24] Dat zou met name klemmen bij werknemers met een dienstwoning.[25] Von Geldern verdedigde een vergelijkbare lijn, waarin met name de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals de lengte van zijn dienstverband en de ernstige gevolgen van een onmiddellijke beëindiging, de werkgever aanleiding zouden moeten kunnen geven om de dringende reden weliswaar onmiddellijk mee te delen, maar niet onmiddellijk op die grond te beëindigen.[26]

2.2.3 De wetswijziging van 1953

In de aanloop naar de herziening van het ontslagrecht in 1953 werd, vermoedelijk geïnspireerd door de zojuist weergegeven kritische stemmen in de literatuur, ook in de Tweede Kamer de vraag gesteld of die wetswijziging niet moest worden aangegrepen om ook op het hier bedoelde punt een wijziging door te voeren die het mogelijk zou maken dat bij de aanwezigheid van een dringende reden in het belang van beide partijen de arbeidsovereenkomst toch voor een "korte, liefst zeer korte" termijn gehandhaafd zou kunnen worden.[27] De Minister zag er niets in. Hij gaf aan de hiervoor onder 2.2.2 besproken rechtspraak van de Hoge Raad van vlak na de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst ook "naar geldend recht juist" te beschouwen. Wil een dringende reden bestaan, zo de Minister, dan moet sprake zijn van een situatie waarin het voor de werkgever echt onmogelijk is om nog langer met de werknemer verbonden te zijn; "blijkt een partij een verhouding zodanig op te vatten dat zij haar nog wel enige tijd langer dan voor de afwikkeling onontbeerlijk is wil continueren, dan geeft zij daarmee zelf toe, niet zo zeer dat de misdraging der wederpartij niet ernstig is, maar wel dat ondanks de misdraging van de wederpartij de verhouding niet ondraaglijk is geworden. En dan brengt het stelsel van de geldende wet naar de mening van de ondergetekende mede, dat deze partij

---

23 Zie voetnoot 18 van zijn bijdrage. Voor een uitvoerige samenvatting van die bijdrage vergelijk S.W. Kuip, a.w., p. 74/75.

24 Ook in de lagere rechtspraak werd het soms mogelijk geacht dat een arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden op termijn werd beëindigd. Zie Ktg. Groningen 8 mei 1947, NJ 1947, 661 en Ktg. Den Haag 25 oktober 1948, NJ 1948, 764. Deze uitspraken zijn kritisch besproken in: M.G. Levenbach, Nogmaals de dringendheid der dringende reden, NJB 1950, p. 169 e.v.

25 I. van Creveld, Het wetsontwerp tot wijziging van de bepalingen omtrent het ontslag bij arbeidsovereenkomsten, NJB 1948, p. 785/786.

26 E.R. von Geldern, Ontslag om een dringende reden, NJB 1950, p. 271-272.

27 Bijl. Hand. II 1949-1950, 881, nr. 4, p. 21.

ook gedurende de verdere voor regelmatige beëindiging nog noodzakelijke tijd de dienstbetrekking kan laten voortbestaan."[28] De Minister zag ook vanuit maatschappelijk oogpunt geen aanleiding tot een andere regeling, mede nu door de wetswijziging de mogelijkheid tot rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst werd verruimd, zodat die route uitkomst zou kunnen bieden in de gevallen waarvoor de Kamer aandacht had gevraagd. Die verruiming zag zowel op de gronden waarop ontbinding kon worden gevraagd – die werd verruimd tot "veranderingen in de omstandigheden" – als op de mogelijkheid die de rechter werd toegekend om bij de ontbinding een vergoeding toe te kennen.[29] De Minister wilde, vermoedelijk ingefluisterd door Levenbach, die nauw betrokken was bij de wetswijziging van 1953, dus niet weten van de voorgestelde wijziging.[30] Daarna werd in het vervolg van het wetgevingsproces geen aandacht meer aan de kwestie besteed. Levenbach stelde dan ook in zijn standaardwerk over "Het nieuwe Burgerlijkrechtelijke ontslagrecht" met tevredenheid vast dat hieruit volgde dat "degene die thans nog de opvatting wil verdedigen dat wegens een dringende reden op termijn kan worden ontslagen, in lijnrechte strijd komt met de bedoeling van de wetgever".[31] Even daargelaten of uit het feit dat de Tweede Kamer niet meer terugkwam op de zojuist besproken reactie van de Minister de gevolgtrekking kan worden gemaakt die Levenbach daaraan verbond, bleek de juistheid van diens standpunt in elk geval uit de wijziging die in 1953 werd doorgevoerd in de tekst van art. 1639w, het huidige art. 7:685 BW. Voorheen vermeldde dat artikel dat ontbinding kon worden gevraagd wegens een dringende reden. Die terminologie werd aldus gewijzigd dat kon worden ontbonden wegens feiten en omstandigheden die een dringende reden (…) zouden hebben opgeleverd, indien de dienstbetrekking deswege *onverwijld beëindigd ware.* En zo werd de bij een ontslag wegens een dringende reden geldende eis van onverwijld ontslag alsnog in de wetstekst verankerd, zij het niet bij de regeling van ontslag op staande voet zelf, maar in het kader van de regeling inzake ontbinding.[32]

---

28 Bijl. Hand. II, 1951-1952, 881, nr. 6, p. 33.

29 Zie Bijl. Hand. II, 1947-1948, 881, nr. 3, p. 10, r.k. en daarover ook J.J. Groen, rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, Arnhem, p. 44 en 52 e.v.

30 Zie over die betrokkenheid van Levenbach: Kuip, a.w., p. 54 e.v.

31 M.B. Levenbach, Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht. Juridische beschouwingen, Alphen aan den Rijn 1954, nr. 61-63 (p. 76-81). Daarop is kritiek geuit door Mannoury, die in zijn bespreking van het handboek van Levenbach opmerkte dat deze zo wel erg gemakkelijk een uitdrukkelijke wil van de wetgever afleidde uit diens stilzwijgen. Mannoury schreef, met een even zure als scherpe pen, het navolgende over de stelling dat een werkgever een dringende reden niet meteen zou behoeven te gebruiken, maar ook op enige termijn zou mogen ontslaan: "Dat hij, die de euvele moed heeft deze stelling te verdedigen in lijnrechte strijd komt met de bedoeling van Prof. Levenbach is duidelijk; dat diens opvatting wellicht de opinie van minister Mulderije diepgaand beïnvloedde, is evenzeer aannemelijk; maar de sprong van daar op 'de bedoeling van de wetgever' is te groot. Ten slotte is er niets ander gebeurd, dan dat een in de juridische pers verdedigde uitlegging van een bestaande wetsbepaling bij de Vaste Commissie voor Privaat- en Strafrecht de wens naar een uitdrukkelijk voorschrift in die zin heeft doen ontstaan en dat de Minister zulk een voorschrift niet wenselijk oordeelde, waarna verder over de zaak is gezwegen. Nu is het waar, dat de juristen de wetgever van oudsher dikwijls zéér welsprekend laten zwijgen, maar om uit *dit* zwijgen een uitspraak te distilleren, gaat toch wel erg ver." Zie J. Mannoury, WPNR 1956, 4434, p. 88.

32 Zie in die zin ook S.W. Kuip, a.w., p. 55/56, alsmede de door hem aangehaalde bijdrage van G.J.P. de Vries, opzegging van obligatoire overeenkomsten, Zwolle 1990, p. 201.

2.2.4 Invoering titel 7.10 en de Wet Flexibiliteit en Zekerheid

Uiteindelijk kwam de onverwijldheidseis echter alsnog (ook) uitdrukkelijk in de wettelijke regeling van het ontslag op staande voet *zelf* terecht.

Per 1 april 1997 werd, als uitvloeisel van de in 1947 aan Meijers verstrekte opdracht om een nieuw BW te ontwerpen, titel 7.10 BW ingevoerd.[33] Veel nieuws was echter aan die titel niet te ontwaren. Er was – veeleer – sprake van een technische wet, die beoogde niet (veel) meer te zijn dan een technische update van de tekst.[34] Dat werd enerzijds ingegeven door de wens om politiek gevoelige onderwerpen buiten de discussie te houden en anderzijds was een ingrijpende wijziging ook in die zin minder opportuun dat het civielrechtelijke arbeidsrecht, mede door de wijziging van 1953, van veel recentere datum was dan de bepalingen inzake het algemene vermogens- en verbintenissenrecht.[35] Ten aanzien van het ontslag op staande voet bestond oorspronkelijk het voornemen om de terminologie enigszins te wijzigen en wel in die zin dat de woorden "doen eindigen zonder opzegging" die in art. 1639o BW voorkwamen, niet meer gehanteerd zouden worden. Zulks omdat daardoor verwarring ontstond en de terminologie niet consequent was; ook bij een ontslag op staande voet is immers sprake van een opzegging – een eenzijdige gerichte rechtshandeling – zij het zonder opzegtermijn.[36] Deze terminologische wijziging werd uiteindelijk niet in het kader van de transponering naar titel 7.10 doorgevoerd, maar uitgesteld tot een volgende, veel ingrijpendere actie van de wetgever: de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in 1999.

De invoering van die Wet, per 1 januari 1999, had op verschillende terreinen verstrekkende gevolgen voor titel 7.10 en ook het ontslag op staande voet werd op verschillende manieren geraakt.[37] De belangrijkste wijziging had betrekking op de in het volgende hoofdstuk te bespreken mededelingseis ten aanzien van de dringende reden. Daarnaast werd alsnog de hiervoor reeds genoemde en oorspronkelijk voor de invoering van titel 7.10 BW voorziene terminologische wijziging geïmplementeerd doordat in art. 7:677 BW de woorden "zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen te doen eindigen" werden vervangen

33 Vaststellingswet van 6 juni 1996, Stb. 1996, 406; Invoeringswet van 14 november 1996, Stb. 1996, 562, van kracht geworden bij Besluit van 10 januari 1997, Stb. 1997, 37.

34 Afgezien van een ondergeschikte wijziging als dat een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten niet langer verboden was. Peeters wees de lezers van SMA meteen op de risico's van die noviteit: "U kunt nu uw echtgenoot in dienst nemen. De waarde daarvan voor uw liefdesleven lijkt mij ongewis". J.A.J. Peeters, Uitgesproken arbeidsrechtspecialisten, SMA 1997/4, p. 200.

35 Zie hierover: G.J.J. Heerma van Voss, De arbeidsovereenkomst als Titel 7.10 BW, Actualiteiten Sociaal Recht, Deventer, 1997, p. 9; G.J.J. Heerma van Voss, De invoering van de titel over de arbeidsovereenkomst in het Nieuw BW, SR 1997, p. 68 e.v.; J.M. van Slooten, De Arbeidsovereenkomst in titel 7.10 BW, ArbeidsRecht 1997/17; A.T.J.M. Jacobs, De arbeidsovereenkomst in het NBW, NJB 1994, p. 30.

36 Zie daaromtrent Bijl Hand. 1993-1994, 23 438, nr. 3, p.44/45. Reeds bij de totstandkoming van de Wet op de Arbeidsovereenkomst was er overigens voor gepleit om ook de beëindiging op staande voet te betitelen als opzegging, zie de opmerkingen die het toenmalige lid van de TK Van Idsinga tijdens de Beraadslagingen in de Tweede Kamer op 7 juni 1906 maakte, Bles IV, p. 108, laatste alinea, alsmede p. 110/111.

37 Stb. 1998, nr 332.

door het begrip "opzegging".[38] Maar ook voor de in dit hoofdstuk besproken onverwijldheidseis had de "Flexwet" gevolgen en wel in die zin dat die eis uiteindelijk, bijna 90 jaar nadat de Hoge Raad deze uit het begrip dringende reden had *afgeleid*, met zoveel woorden werd *verankerd* in art. 7:677 BW. Oorspronkelijk was het de bedoeling dat die eis aldus in art. 7:677 lid 1 BW terecht zou komen dat deze bepaling zou stipuleren dat wanneer één der partijen de andere een dringende reden zou geven, die andere partij bevoegd zou zijn de arbeidsovereenkomst "onmiddellijk" op te zeggen.[39] Daarop kwam kritiek, onder meer van de zijde van de Nederlandse Orde van Advocaten, die zich – terecht – op het standpunt stelde dat het woord onmiddellijk ongelukkig gekozen was, nu uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgde – en volgt – dat deze de werkgever onder omstandigheden ter zake van de onverwijldheid van het ontslag enige ruimte en tijd gunt.[40] Van de zijde van de Werkgroep Ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht werd dit bezwaar gedeeld en werd voorgesteld om het woord onmiddellijk te vervangen door het woord "onverwijld" en zo geschiedde, bij Tweede nota van Wijziging.[41] Die wijziging bracht mee dat werd voorgesteld (de eerste volzin van) art. 7:677 BW aldus te laten luiden:

> "Ieder der partijen is bevoegd de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen om een dringende reden, onder gelijktijdige mededeling van die reden aan de wederpartij."

En in die vorm haalde het onverwijldheidsvereiste dan toch uiteindelijk ook *expressis verbis* het Staatsblad.

2.2.5 Conclusie: de betekenis van de onverwijldheidseis blijkens de wetsgeschiedenis

Beziet men het voorgaande, dan dient de conclusie te luiden dat de "onverwijldheidseis" als vervat in art. 7:677 BW blijkens de wetsgeschiedenis voortkomt uit het begrip dringende reden.[42] Tegen die achtergrond moet de onverwijldheidseis aldus worden verstaan dat deze beoogt vast te leggen dat een werkgever, wil hij rechtsgeldig ontslag op staande voet kunnen geven, niet alleen een dringende reden moet hebben gehad in die zin dat er sprake moet zijn geweest van een situatie waarin redelijkerwijs van hem niet langer gevergd kon worden het dienstverband te laten voortbestaan, maar dat hij ook dienovereenkomstig heeft *gehandeld.* Net als bij het recht op een eerlijk proces, waar geldt dat "justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done", geldt voor de werkgever dat hij niet alleen een dringende reden moet hebben, maar ook moet laten zien dat hij die heeft, zo ervaart,

38 Zie daarover Bijl. Hand. II 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 31.
39 Zie Bijl. Hand. II 1996-1997, 25 263, nr. 2, p. 7. Zie ook Parl. Geschiedenis Flexwet, p. 795.
40 Parl. Gesch. Flexwet, p. 796. Zie ook E. Verhulp, Flexibiliteit en Zekerheid, Den Haag, 2001, p. 242.
41 Bijl. Hand. II 1996-1997, 25 263, nr. 14, p. 3. Zie voor het voorstel van de VvA Parl. Gesch. Flexwet, p. 797.
42 Aldus ook: F.M. Dekker, Ontslagrecht in het Koninkrijk der Nederlanden (1), ArA 2010 (9) 2, p. 61.

en gebruikt.[43] Zijn handelwijze moet, anders gezegd, getuigen van de dringende reden die aan het ontslag ten grondslag wordt gelegd.

Na deze inleidende beschouwing over de wetsgeschiedenis van de onverwijldheidseis, zal thans worden ingegaan op de betekenis die, gelet op de rechtspraak, aan die eis moet worden gegeven. Daarbij lijkt het, zoals hiervoor onder 2.1 is aangegeven, het meest voor de hand te liggen om een chronologische aanpak te kiezen, waarbij de onverwijldheidseis wordt besproken van het beginpunt – wanneer gaat de onverwijldheidsklok tikken? – tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst uiterlijk moet zijn geëindigd wil nog sprake zijn van een onverwijld ontslag.

2.3 Het startpunt van de onverwijldheidsbeoordeling; het vermoeden dat zich een dringende reden voordoet

Eén van de meest belangrijke arresten – zo niet nog steeds *het* standaard arrest – van de Hoge Raad over de onverwijldheid van een ontslag op staande voet, is een uitspraak van 15 februari 1980 die bekend is geraakt als het "Gelderse Tramweg Maatschappij-arrest", en dat hierna kortheidshalve zal worden aangeduid als het *GTM-arrest.*[44] De uitspraak is om verschillende reden van belang. Hij verduidelijkt kort gezegd (i) in welke mate (ii) welke functionaris/instantie kennis moet hebben gekregen van een mogelijke dringende reden wil de onverwijldheidsperiode ingaan. Bovendien (iii) reikt het arrest het criterium aan op basis waarvan beoordeeld moet worden of de werkgever, gerekend vanaf dat beginmoment, tijdig heeft ontslagen.

2.3.1 Het GTM-arrest; de maatstaf

De zaak die tot het *GTM-arrest* leidde, draaide om de vraag of een administrateur voldoende onverwijld was ontslagen nadat aan het licht was gekomen dat hij

43 De uitspraak wordt meestal toegeschreven aan Lord Chief Justice Hewart in R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy ([1924] 1 KB 256, [1923] All ER 233, een zaak waarin het – kort gezegd – ging om het navolgende. Een automobilist werd strafrechtelijk vervolgd voor roekeloos rijgedrag waardoor een ongeval veroorzaakt was. De griffier die op de zaak zat, was verbonden aan een advocatenkantoor dat betrokken was bij een civiele procedure tegen de vervolgde automobilist die verband hield met het desbetreffende ongeval. De vraag rees of door de betrokkenheid van de betreffende griffier, de schijn van partijdigheid was gewekt. Die vraag werd bevestigend beantwoord, ook al had de griffier de rechtelijke oordeelsvorming niet beinvloed: "It is said, and, no doubt, truly, that when that gentleman retired in the usual way with the justices, taking with him the notes of the evidence in case the justices might desire to consult him, the justices came to a conclusion without consulting him, and that he scrupulously abstained from referring to the case in any way. But while that is so, a long line of cases shows that it is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done. The question therefore is not whether in this case the deputy clerk made any observation or offered any criticism which he might not properly have made or offered; the question is whether he was so related to the case in its civil aspect as to be unfit to act as clerk to the justices in the criminal matter. The answer to that question depends not upon what actually was done but upon what might appear to be done."

44 HR 15 februari 1980, NJ 1980, 328.

mogelijk provisies ten onrechte in zijn eigen zak had gestoken. In de kern genomen lagen de feiten aldus dat de werkgeefster circa een maand voordat het ontslag werd geëffectueerd had ontdekt dat de werknemer provisie had ontvangen, waardoor het vermoeden was ontstaan dat hij had gefraudeerd. De Rechtbank oordeelde dat de werkgeefster, nadat dat vermoeden was ontstaan, uiterlijk binnen een paar dagen had moeten verifiëren of dat vermoeden wel juist was, wilde het ontslag nog onverwijld gegeven zijn. De Hoge Raad casseerde en vond die benadering te streng. Hij besliste als volgt:

> "9. (…) Indien bij een werkgever *het vermoeden* is gerezen dat zich een dringende reden tot ontslag van een werknemer voordoet, en hij zich, alvorens tot ontslagverlening op staande voet over te gaan, van de juistheid van dat vermoeden wil vergewissen, is de daarbij van hem te vergen mate van voortvarendheid afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij o.m. valt te denken aan de aard en omvang van eventueel noodzakelijk onderzoek, de behoedzaamheid die bij het instellen van zulk een onderzoek geboden kan zijn om geen onrust in het bedrijf van de werkgever te wekken, de eventuele noodzaak tot het inwinnen van rechtskundig advies en tot het verzamelen van bewijsmateriaal, en de door de werkgever in acht te nemen zorg om te vermijden dat, bij ongegrondbevindingen van het vermoeden, de werknemer in zijn gerechtvaardigde belangen zou worden geschaad."
> Cursivering SFS

Uit deze passage moet naar mijn mening worden afgeleid dat de "onverwijldheids-klok" begint te lopen op het moment waarop het *vermoeden* van een dringende reden ontstaat, dus *niet* pas op het moment waarop de dringende reden daadwerkelijk is komen vast te staan. Hoe kort na het ontstaan van het vermoeden de ontslagverlening dient plaats te vinden, is vervolgens afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de complexiteit van de verdenking, de noodzaak tot het vergaren van bewijsmateriaal en het inwinnen van advies.[45] Het arrest is voorts van belang omdat de Hoge Raad daarin besliste dat, wil de onverwijldheidsperiode een aanvang nemen, degene die binnen de organisatie tot het geven van ontslag bevoegd is, op de hoogte is gekomen van de (mogelijke) dringende reden.[46] De Hoge Raad overwoog op dit punt namelijk:

> "7. Voor het antwoord op de vraag of de ontslagverlening op staande voet aan X al dan niet onverwijld is geschied, is beslissend het tijdstip waarop de dringende reden tot dat ontslag ter kennis is gekomen van degene die bij GTM tot de ontslagverlening bevoegd was."

2.3.2 Het vermoeden van een dringende reden; subjectieve inkleuring

Blijkens het arrest van 15 februari 1980 neemt de onverwijldheidseis dus een aanvang op het moment waarop bij de tot ontslag bevoegde functionaris het "vermoeden is

---

45 Zie over het arrest ook H. Naber, Ontslagrecht in Nederland, Deventer 1983, p. 241, die – als ik het goed begrijp – van mening is dat de Hoge Raad in het arrest *out of his way* is gegaan om het vonnis van de Rechtbank te vernietigen, teneinde te voorkomen dat de frauderende werknemer aanspraak zou kunnen maken op een loonvordering van een jaar of drie.

46 Die benadering was overigens reeds (veel) eerder in de rechtspraak omarmd. Zie het hierna nog uitvoerig te bespreken arrest HR 20 januari 1921, NJ 1921, 359.

gerezen dat zich een dringende reden tot ontslag van een werknemer voordoet".[47] Dit werpt in de eerste plaats de vraag op wanneer dat vermoeden aangenomen kan worden.

Uit latere rechtspraak van de Hoge Raad, te weten het *Wennekes Lederwaren-arrest* van 27 april 2001, volgt in de eerste plaats dat dit vermoeden subjectief moet worden ingevuld.[48] Het gaat er niet om of de werkgever had *kunnen* weten dat een werknemer zich (mogelijk) schuldig maakte aan gedrag dat als een dringende reden kwalificeert, maar dat hij dat vermoeden *daadwerkelijk* heeft. In de betreffende zaak was sprake van een ontslag op staande voet van een cassière van een lederwarenhandel wegens verduistering. De verduistering was op 2 oktober 1995 gepleegd en vast stond dat de directeur van de lederwarenhandel reeds in oktober of november 1995 de beschikking kreeg over een videoband waarop de verduistering te zien was. Zulks in het kader van een onderzoek naar fraude, gepleegd door een andere werknemer van diezelfde lederwarenhandel. Pas toen de directeur in het weekend van 24 en 25 februari 1996, in het kader van de voorbereiding van een terechtzitting tegen die andere werknemer, de gehele videoband bekeek, viel hem de verduistering door de cassière op. De Hoge Raad liet het oordeel van de Rechtbank dat dat het moment was waarop de onverwijldheidseis ging lopen, in stand.

Die keuze van de Hoge Raad verdient instemming, met name omdat de tegenovergestelde benadering, te weten dat de onverwijldheidsperiode al begint te lopen op het moment waarop (de tot ontslag bevoegde functionaris bij) de werkgever *redelijkerwijs op de hoogte had kunnen zijn van een mogelijke dringende reden* zowel onwerkbaar als onbillijk is. Wat het moment is waarop een werkgever, naar objectieve maatstaven beschouwd, het vermoeden van een dringende reden zou *moeten* hebben, is een criterium dat tot veel debat aanleiding zal geven en daarmee, naar zijn aard, tot (rechts)onzekerheid zou leiden. Over de vraag met hoeveel oplettendheid een werkgever zijn werknemers in de gaten moet houden, kan immers in redelijkheid heel verschillend worden gedacht. Het moment waarop een werkgever daadwerkelijk een vermoeden koestert is een helderder criterium.

Daar komt nog bij dat het ook niet aanspreekt dat een werknemer die zich schuldig maakt een ernstig wangedrag, zoals een greep in de kas van zijn werkgever, en die (vanzelfsprekend) zijn best doet om dat voor zijn werkgever verborgen te houden, op het moment dat de fraude uiteindelijk wordt ontdekt zijn werkgever zou mogen tegenwerpen dat hij dat maar eerder had moeten doen als hij hem op die grond had willen ontslaan.[49] *Nemo suam turpitudinem allegans*

---

47 Zie in die zin ook Hof Leeuwarden 21 december 2005, LJN: AU8614, alsmede HR 14 oktober 2011, JAR 2011/297. Voor het *GTM-arrest* werd daarover nog wel eens anders gedacht. Zie P. Zonderland, De arbeidsovereenkomst, Groningen 1975, p. 178 die – als gezegd: voordat het *GTM-arrest* werd gewezen – betoogde dat de termijn van onverwijld ontslag "natuurlijk" pas gaat lopen als de wetenschap van de dringende reden er is.

48 HR 27 april 2001, NJ 2001, 421, vide rov. 3.4.

49 Een enkele keer wordt in de lagere rechtspraak wel aangenomen dat beslissend is het moment waarop de werkgever redelijkerwijs op de hoogte had kunnen zijn van het vermoeden van een dringende reden; zie in dit verband Hof Den Bosch, JAR 2011/188; Ktr. Utrecht 2 juli 2008, JAR 2008/198; RAR 2008/154; Prg. 2008, 135 (inzake het ontslag van Rabo-wielrenner Rasmussen, vide met name 4.15 "wist althans had kunnen weten"). In appel hanteerde het Hof Amsterdam wel een subjectieve inkleuring van het vermoeden: zie Hof Amsterdam 19 juni 2012, JAR 2012/201 rov. 5.13.

auditur.[50] Ook het door Verhulp aangevoerde argument voor een geobjectiveerd startpunt van de onverwijldheidseis – hij pleit voor het moment waarop de werkgever de dringende reden redelijkerwijs had kunnen kennen als startpunt –, te weten dat de werkgever bij een subjectief criterium het moment kan kiezen waarop hij ontslaat, acht ik niet overtuigend (genoeg).[51] Of een tot ontslag bevoegde functionaris bij de werkgever bepaalde kennis verkrijgt, heeft hij immers maar in beperkte mate zelf in de hand. Wanneer de werkgever er bovendien voor zorgt dat hem bepaalde kennis niet, of niet tijdig, bereikt – teneinde ervoor te zorgen dat hij daar pas op een later tijdstip kennis van kan nemen om ook alsdan pas op staande voet te ontslaan – dan kan dat de werkgever in rechte wel degelijk worden tegengeworpen. Daarin kan dan immers aanleiding worden gezien voor twijfel over de vraag of zich wel een dringende reden voordoet: wendt een tot ontslag bevoegde functionaris willens en wetens het hoofd af van mogelijke misstanden, dan zegt dat veel over de wijze waarop daartegen binnen die organisatie wordt aangekeken; hoe over de ernst daarvan wordt gedacht.[52] Anders gezegd: voor zover de subjectieve inkleuring van het vermoeden van een dringende reden dat vereist is om de onverwijldheidstermijn een aanvang te laten nemen, tot onbillijke gevolgen leidt, kunnen die langs de band van de dringende reden worden "weggevijld".

Zijdelings zij in dit verband opgemerkt dat ook in het Duitse recht een vergelijkbare, subjectieve benadering wordt gehanteerd. Daar geldt – ingevolge art. 626 lid 2 BGB – dat een werkgever die wil overgaan tot een *Fristlose Kundigung aus wichtigem Grund*, de Duitse evenknie van het ontslag op staande voet, zulks moet doen binnen een termijn van twee weken nadat hij van alle feiten en omstandigheden die van belang zijn voor de beoordeling of zich zo een *wichtiger Grund* voordoet, op de hoogte is gekomen. Die termijn wordt de zogenaamde *Ausschlussfrist* genoemd. Daarbij geldt dat de wetenschap van het bestaan van de zojuist genoemde *wichtiger Grund* alleen mag worden aangenomen – en de twee-weken-termijn dus ook alleen gaat lopen – wanneer sprake is van daadwerkelijke, subjectieve kennis van de relevante feiten en omstandigheden bij de werkgever. Zelfs op grove nalatigheid terug te voeren onkunde van de feiten doet de termijn niet aanvangen, zo besliste het Bundesarbeitsgericht in 2005.[53]

---

50 R. Feenstra, Nemo auditur suam turpitudinem allegans, in: J.E. Spruit en M. van de Vrugt (red.) Brocardia in honorem G.C.J.J. van den Bergh, 22 studies over rechtsspreuken, Deventer, 1987, p. 31 e.v.

51 Zie E. Verhulp, De dringende reden en het ontslag op staande voet, in: Disfunctioneren en wangedrag werknemers, Deventer, 2008, p. 77. Beltzer lijkt een vergelijkbare benadering voor te staan: vide R.M. Beltzer, Rechtspraak Ontslag op staande voet, Deventer, 2004, p. 15 die opmerkt dat beslissend is "het moment waarop de wederpartij van de handeling op de hoogte was of dat redelijkerwijs had behoren te zijn." Voorstander van die benadering hebben zich ook Zondag en Loonstra betoond: C.J. Loonstra en W.A. Zondag, Arbeidsrechtelijke themata, Den Haag 2010, p. 433/434 die opmerken dat de Hoge Raad aan de subjectieve benadering in het arrest rond *Wennekes Lederwaren* had moeten toevoegen "of het tijdstip waarop de dringende reden tot dat ontslag redelijkerwijze ter kennis had kunnen komen van degene die bevoegd was het ontslag te verlenen". Zij onderbouwen die "nader geconcretiseerde eis" met het argument dat niets doen niet zonder meer mag worden beloond.

52 Zie over die discussie hierna onder 4.7.6.3.

53 Zie BAG 17 maart 2005, EzA § 626 BGB 2002 Nr. 9.

2.3.3 Subjectieve bekendheid en absolute verjaring van de ontslagbevoegdheid?

Zondag heeft in een bijdrage naar aanleiding van het arrest van 27 april 2001 nog de interessante vraag opgeworpen of een werkgever wellicht op enig moment het recht verspeelt om zich te beroepen op de ontdekking van een dringende reden als de feiten die die dringende reden constitueren in een ver verleden liggen.[54] Hij merkt op dat net als in het strafprocesrecht, ook in dit verband zal hebben te gelden dat een zaak op enig moment is verjaard. Een werknemer zou niet tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd in onzekerheid moeten verkeren over een mogelijk ontslag op staande voet, omdat hij eenmaal interne regels heeft overtreden. Welke termijn hierbij zou moeten gelden, de strafrechtelijke verjaringstermijn, de civielrechtelijke verjaringstermijn, of geen van beide, staat – zo nog steeds Zondag – nog open. Hij pleit ervoor om in dit verband noch bij strafrechtelijke, noch bij civielrechtelijke verjaringstermijnen aan te haken. Veeleer zouden de omstandigheden van het geval beslissend moeten zijn, waarbij vooral de aard en ernst van het vergrijp van gewicht zouden moeten zijn. Hoe zwaarder het vergrijp, hoe later sprake is van verjaring.

Hoe te denken over het voorstel van Zondag?

Vooropgesteld zij dat mij voor toepassing van de strafrechtelijke verjaringsregels – en dat ben ik dus met Zondag eens – in dit verband sowieso geen plaats lijkt te zijn. Zulks alleen al omdat het ontslag op staande voet geen publiekrechtelijke strafmaatregel is, maar veeleer een civielrechtelijke ordemaatregel.[55] Het gaat er bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet niet om of de werknemer straf verdient, maar of van de werkgever nog langer te vergen is de dienstbetrekking voort te zetten. De strafrechtelijke verjaringstermijnen beogen niet de civielrechtelijke vraag te reguleren. Bovendien zijn er allerlei dringende redenen die niets van doen hebben met strafrechtelijke vergrijpen. Daar bieden de strafrechtelijke termijnen dus sowieso geen soelaas.

Beziet men vervolgens de algemene civielrechtelijke verjaringsregels, dan raakt de hier bedoelde situatie nog het meest aan de regeling als vervat in art. 3:52 BW. Die bepaling regelt de verjaring van de mogelijkheid om een rechtsvordering tot vernietiging wegens een wilsgebrek zoals dwaling of bedrog in te stellen. Waar het bij een scenario als hier aan de orde immers in feite op neerkomt, is dat de werkgever gedurende geruime tijd heeft gedwaald of – in sommige gevallen wellicht zelfs is misleid en bedrogen – ten aanzien van gedragingen of eigenschappen van de werknemer: hij *dacht* dat de werknemer goed functioneerde, of betrouwbaar was, maar op een gegeven moment blijkt dat achteraf toch niet zo geweest te zijn. Op grond van die constatering gaat de werkgever alsnog over tot opzegging van de arbeidsovereenkomst. Zie daar de parallel met het bepaalde in art. 3:52 BW. Uit art. 3:52 BW volgt dat een rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling wegens bedrog of dwaling verjaart drie jaar nadat het bedrog, de dwaling of de benadeling is ontdekt.[56] Na de verjaring van de rechtsvordering tot vernietiging van

54 W.A. Zondag, Opsporing van interne criminaliteit door de werkgever: de verborgen videocamera, ArA 2001/3, p. 102.

55 Zie daarover ook: M.M. Koevoets, Wangedrag van werknemers (diss EUR), Den Haag, 2006, p. 116 e.v.

56 Het begrip ontdekking wordt ook in dat verband subjectief ingevuld. Zie Rb. Leeuwarden 21 mei 2003, LJN: AN8107; NJ 2004, 67.

de rechtshandeling kan die rechtshandeling op grond van art. 3:52 lid 2 BW ook niet meer op dezelfde vernietigingsgrond door een *buitengerechtelijke* verklaring worden vernietigd. De ratio van de regeling van art. 3:52 BW is dat het onbillijk voorkomt dat een partij de mogelijkheid om zich te beroepen op een vernietigingsgrond reeds zou verspelen als zij nog niet eens weet dat zij heeft gedwaald of is bedrogen.[57] Wel moet worden aangenomen dat de verjaringstermijn van art. 3:52 BW is onderworpen aan de algemene absolute verjaringstermijn van art. 3:306 BW.[58] Dat betekent dat wanneer de dwaling of het bedrog na het verstrijken van de termijn van 20 jaar als bedoeld in dat artikel wordt ontdekt, geen beroep meer kan worden gedaan op de drie-jaars-termijn van art. 3:52 BW.

Betekent dit nu dat aangenomen moet worden dat in ieder geval niet meer op staande voet ontslagen kan worden wanneer de feiten die de werkgever aan een ontslag ten grondslag wil leggen zich meer dan 20 jaar geleden hebben voorgedaan, omdat de dringende reden daarmee (absoluut) verjaard is? Ik zou daar, wederom: net als Zondag – die die conclusie ook trekt (maar niet nader toelicht) – niet aan willen.

Van belang is allereerst dat in de wet geen grondslag valt te vinden voor toepasselijkheid van de hiervoor genoemde civielrechtelijke verjaringsregels op de mogelijkheid tot het geven van onverwijld ontslag wegens een dringende reden. De opzegging wegens een dringende reden is geen beroep op een vernietigingsgrond. De wet voorziet wel in termijnen waarbinnen de werknemer een beroep op de vernietigbaarheid van het hem gegeven ontslag moet doen – zie in dit verband bijvoorbeeld art. 9 BBA – maar niet in een absolute termijn waarbinnen de werkgever moet hebben ontslagen nadat zich de aanleiding voor een ontslag feitelijk heeft voorgedaan. Daarbij komt dat wanneer men zou gaan werken met het concept van "verjaring" van de dringende reden, in feite de gedraging van de werknemer die de aanleiding vormt voor het ontslag *op zichzelf beschouwd* zou worden aangemerkt als het beginpunt voor de verjaring(stermijn). Die benadering is niet goed te rijmen met de leer van de Hoge Raad – hierna uitvoerig te bespreken in hoofdstuk 4 – dat de aanwezigheid van een dringende reden alleen kan worden beoordeeld (i) door de gewraakte gedraging van de werknemer te bezien in samenhang met alle overige omstandigheden van het geval, zoals (ii) die zich *op de ontslagdatum* voordoen.[59]

De door Zondag gepropageerde "variabele" absolute verjaringstermijn van de dringende reden die afhankelijk zou zijn van de ernst van het gepleegde feit, kent in de eerste plaats dezelfde, zojuist beschreven, bezwaren die kleven aan overeenkomstige toepassing van de civielrechtelijke verjaringsregels. Ook die "variabele" verjaringsregeling vindt geen steun in de wet en is bovendien niet goed verenigbaar met de wijze waarop en de peildatum waartegen beoordeeld moet worden of sprake is van een dringende reden. Daarenboven heeft dat voorstel als "extra" nadeel dat het niet goed werkbaar is en, naar mijn inschatting, een hoge mate van rechtsonzekerheid in de hand zal werken.

57 Bijl. Hand. II 1999/2000, 26 855, nr. 3., p. 173.
58 Hof Den Bosch 4 november 1998, KG 1999, 18; JBN 1999, 38.
59 HR 8 oktober 2004, RAR 2005/1; NJ 2007, 480; JAR 2004/259.

Zondag zet bij de bespreking van de door hem bepleite variabele verjaringstermijn het meenemen van een relatiegeschenk tegen de regels in – een naar zijn mening "licht vergrijp" – af tegen het verduisteren van kasgeld – een naar zijn mening "zwaar vergrijp" – waarvoor dan dus ook een langere verjaringstermijn moet gelden. Maar hoe ernstig die feiten zijn, hangt maar net af van de omstandigheden van het geval: het verduisteren van EUR 2,- aan kasgeld door een baliemedewerkster van een woningcorporatie, kan best minder "ernstig" zijn dan het bij wijze van relatiegeschenk aannemen van een gloednieuwe Maserati door de directeur van diezelfde woningcorporatie. Bovendien zou de praktijk, indien voor de benadering van Zondag zou worden gekozen, jarenlang in onzekerheid verkeren omtrent de vraag welke (absolute) jurisprudentiële verjaringstermijnen zoal hebben te gelden voor allerlei verschillende vormen van wangedrag, zulks steeds gerekend vanaf het moment dat het betreffende wangedrag zich heeft voorgedaan.

Ik denk dat de oplossing voor de hier besproken problematiek niet gezocht zou moeten worden in de analogische toepassing van civielrechtelijke verjaringsregels of het aanvaarden van de door Zondag bepleite variabele (absolute) verjaringstermijn ter zake van het recht van de werkgever om wegens een oude, maar recent ontdekte, dringende reden alsnog onverwijld op staande voet te ontslaan. Die oplossingen zijn niet nodig om onbillijke resultaten in individuele gevallen te voorkomen. Het feit dat een gedraging van de werknemer waarop een ontslag op staande voet wordt gebaseerd zich in een ver verleden heeft afgespeeld (al is het pas recent ontdekt), kan namelijk worden meegewogen als één van de relevante gezichtspunten in de afweging of zich een dringende reden voordoet en dat kan ertoe leiden dat die afweging in het voordeel van de werknemer uitvalt.[60] Dat zal eens te meer het geval zijn wanneer de werknemer na het betreffende voorval vervolgens geruime tijd goed gefunctioneerd heeft. In dit verband zij verwezen naar een arrest van de Hoge Raad van 11 mei 2001, waarin sprake was van een ontslag van een administrateur omdat deze, zeven jaar voordien, bij zijn indiensttreding onwaarheden had verteld over de redenen voor zijn vertrek bij zijn vorige werkgever (en die onwaarheden nadien nog eens had herhaald).[61] De Rechtbank besliste dat het ontslag niet terecht was gegeven. Zelfs wanneer de werknemer inderdaad bij zijn indiensttreding opzettelijk valse informatie zou hebben verstrekt, dan zou dat volgens de Rechtbank zeven jaar later geen dringende reden meer opleveren, omdat bij de beoordeling of daarvan sprake is alle omstandigheden van het geval meegewogen moeten worden, waaronder dus ook het feit dat de werknemer inmiddels zeven jaar naar volle tevredenheid van de werkgever had gewerkt. De Hoge Raad was van mening dat de Rechtbank aldus niet was uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Daarin ligt besloten dat ook de Hoge Raad van mening is dat het tijdsverloop sinds het moment waarop de gewraakte handeling plaatsvond, in samenhang met het functioneren sedertdien, een van de gezichtspunten is die meeweegt in de afweging of van de werkgever gevergd kan worden het dienstverband te laten voortduren op het moment dat hij die

60 Ook Zondag wijst daarop, vide W.A. Zondag, Opsporing van interne criminaliteit door de werkgever: de verborgen videocamera, ArA 2001/3, p. 103.

61 Zie HR 11 mei 2001, JAR 2001/111.

handeling, jaren later, alsnog ontdekt.[62] Het arrest van 11 mei 2001 moet dus bepaald niet in die zin worden misverstaan dat daaruit zou blijken dat steeds wanneer een werkgever pas na zeven jaar een dringende reden ontdekt, hij op die grond nimmer meer zou kunnen ontslaan – noch omdat de zaak zou zijn "verjaard", noch omdat zich dan per definitie geen dringende reden meer voordoet. Is sprake van een zeer ernstige gedraging, dan kan die ernst best opwegen tegen het tijdsverloop en het functioneren in de tussentijd. De aldus door de Hoge Raad gekozen benadering lijkt mij veel beter – want genuanceerder – dan het hanteren van een harde, maar fluctuerende absolute verjaringstermijn voor allerlei verschillende soorten dringende redenen.

Bovendien heeft te gelden – en A.-G. Spier heeft daar in zijn conclusie voor het arrest van 27 april 2001 in de zaak *Wennekes Lederwaren* ook op gewezen – dat voor zover een werknemer door groot tijdsverloop tussen het feit en de ontdekking daarvan in bewijsproblemen geraakt, daaraan een mouw gepast kan worden door hoge eisen te stellen aan de bewijslevering door de werkgever of door de werknemer "op bewijsrechtelijk vlak anderszins de helpende hand toe te steken." Dat zou – de A.-G. noemt die mogelijkheid overigens zelf niet – bijvoorbeeld gedaan kunnen worden door de werkgever – op de voet van art. 22 Rv. – te gelasten inzage te geven in stukken die de werknemer niet meer tot zijn beschikking heeft, maar de werkgever wel.[63]

2.3.4 Het vermoeden van de dringende reden; geïndividualiseerd en geconcretiseerd

Vervolgens komt de vraag op welke *mate* van kennis bij de werkgever vereist is om sprake te laten zijn van een "vermoeden" van een dringende reden, als bedoeld door de Hoge Raad, die de onverwijldheidsperiode een aanvang doet nemen. Die vraag is in de literatuur tot op heden niet of nauwelijks aan de orde gesteld.

---

62 Zie in vergelijkbare zin Rb. Utrecht 22 februari 1989, Prg. 1989, 3098. Daarin was sprake van een werknemer die op staande voet werd ontslagen wegens een leugen in de sollicitatiefase. Dat ontslag vond 14 jaar na indiensttreding plaats. Tussentijds was de werknemer even uit dienst geweest en daarna was hij teruggevraagd. Hij had goed gefunctioneerd. De Rechtbank oordeelde dat de leugen geen dringende reden (meer) was, vanwege het goede functioneren en omdat de werknemer toen hij, na een korte onderbreking terugkeerde bij zijn werkgever, ervan mocht uitgaan dat hij weer welkom was, omdat hij tijdens de eerste periode goed had gefunctioneerd, zodat zijn leugen bij de oorspronkelijke sollicitatie daarmee haar relevantie voor het bestaan van het (tweede) dienstverband had verloren. In vergelijkbare zin: Ktr. Amsterdam 18 mei 2005, JAR 2005/156: de middels een ontslag op staande voet gewraakte handelwijze van de werknemer was weliswaar onverstandig, maar niet zodanig dat zeven jaar later om die reden ontslag op staande voet mogelijk was, mede gelet op het dienstverband van 24 jaar. Zie ook HR 1 juli 1976, NJ 1977, 65; in die zaak voerde een werknemer al tien jaar ten onrechte de doktorstitel. De werkgever kwam daar na vele jaren dienstverband achter door een publicatie in de krant van wakker Nederland en ontsloeg de dag daarop. De Rechtbank achtte dat ontslag – ondanks het feit dat de betreffende situatie al jaren bestond – terecht gegeven, maar de Hoge Raad casseerde omdat de Rechtbank niet had gerespondeerd op de zijns inziens voor de beoordeling van de zaak relevante stelling van de werknemer dat voor een goede uitoefening van de commerciële (lees: niet wetenschappelijke) functie die hij binnen de organisatie bekleedde het hebben van de betreffende titel van generlei betekenis was. Zie ook Ktg. Amsterdam 21 juni 1994, JAR 1994/175.

63 Vide zijn conclusie onder 3.15.

Evident is dat van een vermoeden geen sprake kan zijn als een werkgever nog niets weet van de daad, gedraging of eigenschap van de werknemer die uiteindelijk uitmondt in het ontslag.[64] Maar hoe concreet moet de verdenking zijn, wil de onverwijldheidswekker gaan tikken? Ik zou menen dat een *algemeen* vermoeden dat er *iets* binnen de onderneming niet in de haak is, zonder dat zich dat al heeft vertaald in een concrete verdenking *wat* dat dan is, onvoldoende is om de periode van onverwijldheid een aanvang te laten nemen. Hetzelfde zal hebben te gelden als de werkgever hard bewijs heeft dat sprake is van een bepaalde wantoestand waarvoor een werknemer de verantwoordelijkheid draagt, maar in het geheel onduidelijk is *welke* werknemer dat is. In de door de Hoge Raad in het *GTM-arrest* gehanteerde bewoordingen *"dat bij een werkgever het vermoeden is gerezen dat zich een dringende reden tot ontslag van een werknemer voordoet"* ligt mijns inziens een dubbele eis besloten ter zake van de mate waarin een vermoeden zich geconcretiseerd moet hebben, wil de onverwijldheidseis een aanvang nemen.

2.3.4.1 Geïndividualiseerd vermoeden

Het vermoeden moet zich in de eerste plaats in die zin hebben geïndividualiseerd dat een zekere mate van duidelijkheid is verkregen tegen *welke werknemer* de verdenking zich richt. Is bijvoorbeeld alleen duidelijk dat en welke malversaties hebben plaatsgevonden binnen een onderneming zonder dat er enige aanwijzing is *wie* dit gedaan heeft, dan gaat de onverwijldheidsperiode nog niet in. Dit vindt steun in een arrest van het Gerechtshof te Arnhem uit 2008. In die zaak was bij de werkgever medio 2005 het vermoeden gerezen dat sprake was van fraude bij de inruil van bepaalde machines, maar volstrekt onduidelijk was wie daarvoor verantwoordelijk was. Pas hangende een door een onderzoeksbureau ingesteld onderzoek werd duidelijk wie de fraude op zijn kerfstok had. De betreffende werknemer, die halverwege november 2005 ontslagen was, trok vergeefs de onverwijldheid in twijfel. Die was zijns inziens al medio 2005, toen het onderzoek in opdracht was gegeven, gaan lopen. Het Hof deelde die opvatting niet. Zijns inziens was de onverwijldheidseis niet al bij het vermoeden van malversaties (toen nog geen enkel vermoeden omtrent de persoon van de dader bestond) gaan lopen, maar pas nadien, toen het onderzoek uitwees wie de dader was.[65]

Dit betekent mijns inziens niet dat er steeds pas dán sprake kan zijn van een voldoende geïndividualiseerd vermoeden wanneer met zekerheid is uitgesloten dat andere werknemers zich aan de gewraakte handelwijze hebben schuldig gemaakt. Het feit dat slechts sprake behoeft te zijn van een *vermoeden* van een dringende reden om de onverwijldheidstermijn in te laten gaan, staat daaraan in de weg. Die periode kan onder omstandigheden ook ingaan als er ten aanzien van de persoon van de mogelijke dader nog enige, zij het beperkte, onzekerheid is, zodat ook op dat punt een vermoeden – en nog geen zekerheid – bestaat. Dat betekent dat er situaties denkbaar

64 Zie in die zin ook de conclusie van A.-G. Spier voor het arrest van 27 april 2001 onder 3.13.1.
65 Hof Arnhem 5 augustus 2008, Prg. 2008, 168. Zie voor een vergelijkbaar geval Rb. Rotterdam 17 oktober 1996, JAR 1996/230 (rov. 5.10.3).

zijn waarin weliswaar meer dan één mogelijke dader in aanmerking komt, maar de verdenking toch (inmiddels) geïndividualiseerd genoeg is om de onverwijldheidsperiode te laten aanvangen. Een voorbeeld ter illustratie: verdwijnt er bijvoorbeeld, zonder inwerking van buitenaf, tijdens een nachtdienst een voorwerp uit een fabriek, die tijdens die nacht achtereenvolgens door slechts twee verschillende beveiligers is bewaakt, dan zou ik menen dat het vermoeden dat zich een dringende reden heeft voorgedaan voldoende geïndividualiseerd is om de onverwijldheidsperiode ten aanzien van beide beveiligers in te laten gaan. Verdwijnt het betreffende voorwerp evenwel overdag uit de fabriek en kunnen daar honderden werknemers verantwoordelijk voor zijn, dan begint de termijn op dat moment nog niet te lopen; de werkgever tast dan nog ten volle in het duister. Waar de grens ligt, vergt onontkoombaar een afweging van de omstandigheden van het geval, maar vereist zal zijn dat er concrete aanwijzingen zijn die het vermoeden wettigen – lees: het waarschijnlijk doen zijn – dat juist (één van) deze specifieke werknemer(s) de werkgever een dringende reden heeft of hebben gegeven. Alleen als ten aanzien van een werknemer dergelijke *concrete* aanknopingspunten van betrokkenheid bestaan, zal ten aanzien van hem sprake zijn van een voldoende geïndividualiseerd vermoeden in de hier bedoelde zin.[66]

2.3.4.2 Geconcretiseerd vermoeden

Die afweging zal nauw verweven zijn met het tweede punt waarop het vermoeden van de dringende reden geconcretiseerd moet zijn, te weten de inhoud van de daad, eigenschap of gedraging die mogelijk een dringende reden oplevert. Wil de onverwijldheidsperiode gaan lopen, dan zal ook sprake moet zijn van een *redelijke mate van duidelijkheid* dat een bepaalde werknemer iets gedaan kan hebben *dat als dringende reden kan worden aangemerkt.* Daarvan zal bij een enkel gerucht dat de werknemer mogelijk "iets" misdaan heeft, mijns inziens nog geen sprake zijn. Maar hoe concreet moet het vermoeden tegen de werknemer dan wèl zijn? *Hard and fast rules* daaromtrent zullen nauwelijks te geven zijn, maar ik zou voorop willen stellen dat er veel voor pleit niet te snel aan te nemen dat dat vermoeden bestaat en de werkgever ter zake een redelijke *margin of appreciation* te gunnen. Het zou te ver gaan wanneer een werkgever, bij ieder gerucht, hoe vaag ook, op straffe van verlies van de onverwijldheid van een ontslag op staande voet, onmiddellijk en met voortvarendheid op onderzoek uit zou moeten gaan. Dat zou een cultuur van achterdocht en bespieding in de hand werken die onwenselijk is.

Er zal, vooraleer een vermoeden van een dringende reden bij de werkgever aangenomen kan worden, naar mijn mening toch minst genomen sprake moeten zijn van een redelijk *concrete* "feitelijke grondslag" die het mogelijk bestaan van een

66 Zie in deze zin Rb. Rotterdam 17 oktober 1996, JAR 1996/230, waarin een kapitein op staande voet werd ontslagen drie weken nadat zich de dringende reden die daaraan ten grondslag lag had voorgedaan. De Rechtbank besliste dat het ontslag desalniettemin onverwijld was omdat het onderzoek naar het betreffende incident zich in eerste instantie richtte tegen andere personen en de rol van de kapitein pas door met hen gevoerde gesprekken duidelijk was geworden. In de beslissing van de Rechtbank ligt besloten dat zij van mening is dat de onverwijldheidseis op dat moment ingaat, zodat een twee dagen nadien gegeven ontslag zonder meer onverwijld gegeven is.

dringende reden redelijkerwijs aannemelijk doet zijn.[67] Die feitelijke grondslag kan dan worden gevonden in het feit dat een werkgever is geconfronteerd met een plausibele getuigenverklaring of ander bewijsmateriaal dat, in de omstandigheden van het geval, tot een dergelijk vermoeden kan leiden. Ik zou anderzijds menen dat, wil het hier bedoelde vermoeden dat de onverwijldheidsperiode doet aanvangen, aangenomen kunnen worden, niet vereist is dat de werkgever een *exact* beeld heeft van hetgeen zich afspeelt; als de werkgever, op grond van concrete aanwijzingen, een redelijk concreet vermoeden heeft dat een werknemer bijvoorbeeld betrokken is bij het verdwijnen van bedrijfseigendommen, dan begint de klok op dat moment te tikken. Ook als de werkgever op dat moment geen weet heeft van de vraag hoe en in welke omvang de werknemer dat doet.

De parallel met art. 27 lid 1 Sv dringt zich hier op. Ook voor het aanmerken van een persoon als verdachte (voordat de strafrechtelijke vervolging is ingezet), moet sprake zijn van "feiten en omstandigheden" die een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit wettigen.[68] Wil dat criterium vervuld zijn, dan moet blijkens de rechtspraak sprake zijn van *concrete* aanwijzingen dat een strafbaar feit gepleegd kan zijn, zij het dat op dat moment niet geheel duidelijk behoeft te zijn welk strafbaar feit dat dan precies is.[69] Ziet een agent een persoon met een bivakmuts op rennend een winkel verlaten met een laptop in de hand en een groep beveiligers achter hem aan, dan zal hij hem (in beginsel) als verdachte moeten aanmerken, ongeacht of hier nu sprake is van een vermoeden van diefstal of van een ander delict. Het oordeel of het criterium van art. 27 lid 1 Sv vervuld is, wordt door de Hoge Raad overigens aangemerkt als een kwestie van overwegend feitelijke aard, die in cassatie in beginsel slechts op begrijpelijkheid wordt getoetst.[70] Datzelfde zal ongetwijfeld hebben te gelden ten aanzien van het oordeel van de burgerlijke rechter over de vraag wanneer er sprake is van een vermoeden van het bestaan van een dringende reden, dat de onverwijldheidsperiode laat aanvangen. Ook dat oordeel is in hoge mate feitelijk en zal slechts op begrijpelijkheid kunnen worden getoetst in cassatie.

2.3.5 De aanwezigheid van het vermoeden en art. 7:611 BW

Ten aanzien van de vraag wanneer de mogelijkheid van het bestaan van een dringende reden zodanig geïndividualiseerd en geconcretiseerd is dat sprake is van een vermoeden dat de onverwijldheidsperiode doet aanvangen, moet er voorts nog

---

67 Zie in die zin Rb. Den Bosch 25 september 1987, NJ 1988, 625, waarin de wetenschap van bepaalde handelingen die in strijd waren met de geldende regels, maar die echter geen zelfverrijking van de betreffende werknemer meebrachten, naar de – m.i. juiste – opvatting van de Rechtbank niet meebracht dat de werkgever op dat moment een onderzoek had moeten instellen naar mogelijke andere onregelmatigheden, zulks op straffe van verlies van de mogelijkheid om onverwijld op staande voet wegens die andere onregelmatigheden te ontslaan.

68 Zie daarover onder meer G.H. Meijer, A. Seuters, R. ter Haar, Leerstukken strafrecht, Deventer 2010, p. 303 e.v. Lezenswaardig, zij het niet wetenschappelijk, is op dit terrein voorts J. Doomen, De hollende kleurling, Het Nederlandse strafrecht in tien verhalen, Amsterdam/Antwerpen 2009, p. 9 e.v.

69 G.J.M. Corstens, Het Nederlands strafprocesrecht, Deventer 2008, p. 89.

70 Zie HR 5 juni 1990, NJ 1991, 11 m.nt. Corstens HR 18 februari 1992, NJ 1992, 546, HR 14 september 1992, NJ 1993, 83 en HR 23 november 1999, NJ 2000, 127, maar ook HR 10 november 1992, NJ 1993, 306 m.nt. Schalken; zie voorts de conclusie van A-G Machielse voor HR 5 september 2006, NJ 2007, 336 m.nt. T. Schalken, onder 8.2; HR 10 november 2009, NJ 2010, 599.

op worden gewezen dat er een belangrijk aanvullend argument is dat er in zijn algemeenheid voor pleit om in dat verband enige terughoudendheid te betrachten en niet te snel aan te nemen dat de werkgever de werknemer al als "arbeidsrechtelijke verdachte" behoorde te behandelen. Dat belangrijke argument is gelegen in art. 7:611 BW. Via de band van die algemene norm – die de concretisering vormt van de redelijkheid en billijkheid binnen titel 7.10 BW – gelezen in samenhang met het bepaalde in art. 3:12 BW, werken allerlei algemene rechtsbeginselen door in de horizontale verhouding tussen werknemer en werkgever.[71] Daartoe behoren ook het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel.[72] Die beginselen brengen naar mijn mening mee dat een werkgever zijn werknemer niet "zomaar" behoort te betichten van het mogelijk bestaan van een dringende reden. Hij mag dat alleen maar doen wanneer hij dat vermoeden in redelijkheid kan motiveren. Dat alles geldt des te sterker, nu een dergelijke beschuldiging – het uitspreken van het vermoeden van een dringende reden – vrijwel steeds een grote druk op de arbeidsrelatie zal leggen, ook wanneer het vermoeden achteraf wordt ontzenuwd. Wordt een beschuldiging ten onrechte, want te snel en zonder deugdelijke onderbouwing, uitgesproken, dan komt dat de werkgever duur te staan wanneer de arbeidsovereenkomst vervolgens toch eindigt wegens een daardoor ontstane verstoorde verhouding. Onterechte, niet onderbouwde beschuldigingen van werkgeverszijde worden in de ontbindingspraktijk regelmatig afgestraft met hoge vergoedingen en dat is volkomen terecht.[73] Een en ander noopt een werkgever ertoe om pas uit te gaan van een vermoeden dat zich een dringende reden voordoet als daar daadwerkelijke concrete aanknopingspunten voor zijn; het stelsel dus als hiervoor is uiteengezet. Maar de keerzijde daarvan behoort te zijn dat de zorgvuldige werkgever die zich daaraan houdt en pas uitgaat van dat vermoeden als hij dat kan motiveren op basis van concrete aanwijzingen in plaats van op het kompas van de onderbuik, niet snel moet worden afgerekend op de stelling dat hij dat vermoeden in werkelijkheid al eerder had. Die terughoudendheid bij het aannemen van een vermoeden dat zich een dringende reden voordoet en daarmee dat de onverwijldheidsperiode een aanvang neemt, is uiteindelijk ook in het voordeel van de werknemer. Die benadering werkt immers in de hand dat een werknemer niet te snel een etiket van verdenking opgeplakt krijgt dat, ook wanneer die verdenking achteraf ontzenuwd wordt, verstorend kan blijken te zijn geweest voor de arbeidsverhouding. Ik roep in dit verband tot slot in herinnering dat de Hoge Raad in het *GTM-arrest* heeft beslist dat bij de beoordeling hoe veel tijd de werkgever mag nemen voor onderzoek *nadat het vermoeden van een dringende reden is ontstaan*, mede wordt bepaald door de zorg die de werkgever moet betrachten om te voorkomen dat, bij ongegrondbevinding van het vermoeden, de werknemer in zijn belangen zou worden

---

71 Zie HR 30 januari 2004, JAR 2004/68; NJ 2008, 536. Vgl. voorts M.A.C. de Wit, Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht, Deventer 1999.

72 Zie G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht, Deventer 1999, p. 40 t/m 50 en 57 t/m 59. Zie ook reeds de dissertatie van Heerma van Voss, Ontslagrecht in Nederland en Japan, Deventer 1992, p. 288 e.v. (zorgvuldigheidsbeginsel) en p. 299 e.v. (motiveringsbeginsel). Zie voorts ten aanzien van de rol van het beginsel van goed werkgeverschap bij de beoordeling van de dringende reden hierna in extenso onder 4.7.6.

73 Ktr. Maastricht 29 september 2000, JAR 2000/255; Ktr. Alphen aan den Rijn 13 juni 2001, JAR 2001/161; Ktr. Maastricht 8 december 2004, JAR 2005/21; Ktr. Amsterdam 8 maart 2005, JAR 2005/122.

geschaad. Dat gezichtspunt – de jegens de werknemer in acht te nemen zorgvuldigheid –, dat door de Hoge Raad is aangewezen als mede bepalend voor de vaststelling of vanaf het ontstaan van het vermoeden van een dringende reden onverwijld is gehandeld, kan gelet op het voorgaande naar mijn mening ook gewicht in de schaal leggen bij de bepaling van het moment waarop die periode een aanvang neemt, te weten het moment waarop het vermoeden ontstaat. Men kan het ook zo zeggen: de hiervoor bepleite terughoudendheid bij het aannemen van dat moment, vindt steun in de argumentatie van de Hoge Raad in het *GTM-arrest*. Steun daarvoor valt tot op zekere hoogte eveneens te putten uit een arrest van het Gerechtshof Den Bosch uit 1992, waarin dat Hof overwoog dat de "bijzondere en ten dele persoonlijke aard van de arbeidsovereenkomst" meebrengt dat daarin "een zeker onderling vertrouwen een element is waarop beide partijen moeten kunnen rekenen".[74] Het is precies dat element op basis waarvan de werkgever niet te snel zal behoeven aan te nemen dat er iets zodanig mis is dat sprake is van een vermoeden van een dringende reden.

2.3.6 Subjectieve kennis bij de tot ontslag bevoegde functionaris

De onverwijldheidstermijn gaat in op het moment dat het vermoeden van het bestaan van een dringende reden ter kennis is gekomen van de *tot ontslag bevoegde functionaris*, zo valt af te leiden uit het *GTM-arrest*. In latere arresten is dat uitgangspunt herhaald. Zulks onder meer in een arrest uit december 1984, waarin de Hoge Raad voorts – weinig verrassend – besliste dat de stelling dat een bepaalde functionaris niet de tot ontslag bevoegde was, niet voor het eerst in cassatie kan worden aangevoerd.[75] Het gaat hierbij immers om een stelling van (in ieder geval: in hoge mate) feitelijke aard.

Wie tot ontslag bevoegd is binnen een onderneming, zal afhangen van de interne regelgeving binnen de onderneming. Een belangrijke aanwijzing daarvoor zal zijn wie de arbeidsovereenkomst oorspronkelijk is aangegaan, omdat het voor de hand ligt dat die functionaris ook de tot ontslag bevoegde zal zijn. Een wet van Meden en Perzen is dat evenwel niet. De ontslagbevoegdheid kan daarnaast ook, of inmiddels, bij een andere functionaris liggen.

Bij het ontslag op staande voet van een statutair directeur zal het van het wettelijk kader en de statuten afhangen welk gremium binnen de vennootschap verantwoordelijk is voor het geven van ontslag. Dat zal – ingevolge het bepaalde in de artt. 2:134 respectievelijk 2:244 BW – bij een naamloze vennootschap (die niet aan het structuurregime onderworpen is) en een besloten vennootschap de algemene vergadering van aandeelhouders zijn. Bij een structuurvennootschap daarentegen zal, ingevolge het bepaalde in art. 2:262 BW, de ontslagbevoegdheid berusten bij de Raad van Commissarissen, na de algemene vergadering van aandeelhouders gehoord te hebben. Wordt die verplichting tot het horen van de

74 Hof Den Bosch 2 december 1992, NJ 1993, 327, rov. 4.3.
75 HR 14 december 1984, RvdW 1985, 4, vide rov. 3.5. Zie ook HR 27 april 2001, NJ 2001, 421. Zie ook conclusie A.-G. Bakels voor HR 3 november 2000, JAR 2000/248 onder 2.6.

algemene vergadering van aandeelhouders niet nageleefd, dan kleeft aan het ontslagbesluit een nietigheidsgrond.[76]

Het voorgaande betekent dat het in de rede ligt dat de onverwijldheidstermijn bij het ontslag van een statutair directeur pas begint te lopen wanneer bij de algemene vergadering van aandeelhouders, althans de Raad van Commissarissen – in het geval van een structuurvennootschap – het hiervoor bedoelde vermoeden van een mogelijke dringende reden is ontstaan. Dat vindt bevestiging in oude rechtspraak van de Hoge Raad, te weten een arrest van 20 januari 1921 dat betrekking had op het ontslag van ene Tieman als directeur van de "Tilburgsche Stoomschoenfabriek voorheen L. de Beer".[77] In die zaak waren door de Raad van Commissarissen tijdens een aandeelhoudersvergadering op 17 juli 1917 bezwaren geuit tegen de directeur, waarna de aandeelhoudersvergadering een onderzoek instelde. De directeur werd op 8 september 1917 naar aanleiding van de uitkomsten geschorst en vervolgens vond op 26 september 1917 een aandeelhoudersvergadering plaats, waarin evenwel niet tot besluitvorming rond het ontslag werd gekomen, omdat twijfel was ontstaan over de vraag of de oproeping correct had plaatsgevonden en rechtsgeldige besluiten genomen konden worden. Er werd vervolgens een nieuwe vergadering bijeengeroepen voor 29 oktober 1917, waarin het ontslagbesluit werd genomen. De werknemer stelde zich – onder meer – op het standpunt dat het ontslag niet onverwijld was gegeven, omdat de Raad van Commissarissen – toch ook een orgaan van de vennootschap – al voorafgaand aan 17 juli 1917 op de hoogte was van de feiten en omstandigheden die later als dringende reden werden gehanteerd en er dus sprake was van te veel tijdsverloop. De Rechtbank verwierp die redenering met de overweging

> "(…) dat vaststaat, dat uitsluitend de algemene vergadering van aandeelhouders de bevoegdheid bezat, om Tieman als directeur te ontslaan, zodat alleen beslissend is, op welk tijdstip het bestaan der dringende reden aan dat orgaan bekend is geworden, zonder dat afdoet, of die reden reeds korteren of langeren termijn voor het ontslag aan de commissarissen of aan een of meer van de aandeelhouders bekend was".[78]

P.-G. Noyon kon zich in die benadering ten volle vinden. Hij overwoog dat de "bekendheid van de feiten bij de algemeene vergadering, die alleen het ontslag kon geven, (eerst, toevoeging SFS) bestond (…) toen zij tengevolge van het onderzoek door haar waren vastgesteld; beslissend is dus alleen het antwoord op de vraag, of het ontslag onmiddellijk is gevolgd op het bekend zijn van de feiten bij de algemeene vergadering en daaromtrent bestaat geen twijfel." Van belang is voorts dat de P.-G. daaraan toevoegde dat een beroep op vroegere bekendheid bij haar organen – lees: de Raad van Commissarissen – "alzoo ongegrond" was.[79] De Hoge Raad volgde dat spoor, zij het in enigszins andere bewoordingen. Hij besliste dat, nu de Rechtbank had vastgesteld dat de algemene vergadering van aandeelhouders het enige orgaan was dat tot ontslagverlening bevoegd was, de Rechtbank niet was uitgegaan van een

---

76 Zie omtrent een en ander P. van Schilfgaarde en J. Winter, Van de BV en de NV, Deventer 2006, p. 398; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe 2-II* 2009, nr. 379.
77 HR 20 januari 1920, NJ 1921, p. 359.
78 Vide NJ 1921, p. 360, r.k., 6e alinea.
79 Vide NJ 1921, p. 360, l.k., 5e alinea.

onjuiste rechtsopvatting door te beslissen dat het ontslag onverwijld was gegeven, nu dat was gebeurd in de eerste na het voorgevallene op wettige wijze samengeroepen vergadering "die ten dezen aanzien met kennis van zaken een besluit kon nemen." Anders gezegd: ook de Hoge Raad achtte enkel het moment waarop de aandeelhoudersvergadering, als tot ontslag bevoegd orgaan, (relevante) kennis van zaken kreeg, doorslaggevend voor het ingaan van de onverwijldheidsperiode. Die leer werd in het *GTM-arrest* van ruim 60 jaar later bevestigd, omdat in dat arrest, als gezegd, werd beslist dat kennis bij de tot ontslag bevoegde functionaris doorslaggevend is voor de aanvang van de onverwijldheidsperiode.

Ik zou menen dat in zijn algemeenheid heeft te gelden dat ervan kan worden uitgegaan dat het hier bedoelde vermoeden bij de aandeelhoudersvergadering aanwezig is op het moment waarop de aandeelhouders een oproeping voor een ontslagvergadering krijgen, waarin het ontslagvoornemen en de daarvoor aangevoerde dringende redenen verwoord zijn. De omstandigheden van het geval kunnen anders meebrengen. Zo is, zeker in het geval van een enig aandeelhouder, denkbaar dat het vermoeden al voordien ontstaat. Ook het tegenovergestelde scenario, waarbij de aandeelhoudersvergadering pas ná de oproeping op de hoogte raakt van de mogelijke dringende reden, is denkbaar. Zulks bijvoorbeeld omdat de redenen in de oproeping niet duidelijk zijn vermeld, of zich pas ter vergadering verzwarende omstandigheden blijken voor te doen die een ontslaggrond van kleur doen verschieten in een dringende reden.

2.3.7 Aanvang onverwijldheidsperiode bij vermoeden bij andere dan de tot ontslag bevoegde personen?

In dit verband moet tot slot aandacht worden besteed aan een arrest van de Hoge Raad van 18 mei 1984, dat op het eerste gezicht wat moeilijk te verenigen lijkt met de hiervoor bedoelde regel dat voor het ingaan van de onverwijldheidstermijn beslissend is het moment waarop (het vermoeden van) een dringende reden ontstaat bij de tot ontslag bevoegde functionaris.[80] In deze zaak was sprake van een verkoopmanager op de afdeling radio en televisie van de V&D die op staande voet was ontslagen wegens het mee naar huis nemen van een inruiltelevisie na betaling van een bedrag van NLG 25,- in plaats van het verschuldigde bedrag van NLG 73,-. De leidinggevende van de betreffende manager werd aan het einde van de dag voordat hij voor twee weken op vakantie zou gaan, op de hoogte gebracht van (het vermoeden van) dit feit. De chef was zelf niet tot het geven van ontslag bevoegd en heeft de zaak niet voor zijn vertrek op vakantie aan de wel tot ontslag bevoegde Manager Sociale Zaken gemeld. Nadat hij, twee weken later, weer op kantoor kwam, zocht de chef de zaak alsnog uit, meldde deze nog diezelfde dag aan de Manager Sociale Zaken, die vervolgens onmiddellijk tot ontslag overging. De Rechtbank achtte het ontslag onverwijld gegeven. In cassatie werd over dat oordeel geklaagd, maar vergeefs. De Hoge Raad bevestigde zijn oordeel dat "voor het antwoord op de vraag of de ontslagverlening op staande voet al dan niet onverwijld is geschied, (…) het tijdstip waarop de feiten, die als de dringende reden tot het ontslag worden aangevoerd, ter kennis zijn gekomen van de tot ontslagverlening bevoegde persoon in de onderneming, in zover beslissend

80 HR 18 mei 1984, NJ 1984, 720.

is dat een na dit tijdstip nog dralen met het geven van ontslag" in het algemeen onverenigbaar is met de vereiste dringendheid van de aangevoerde dringende reden. Daaraan voegde de Hoge Raad de navolgende overweging toe:

> "Dat wil echter niet zeggen dat het vereiste dringende karakter van de aangevoerde reden voor het ontslag niet ook zou kunnen blijken te ontbreken op grond van het feit dat de – niet zelf tot ontslag bevoegde – chef van de werknemer reeds in een eerder stadium in kennis was gesteld van de aan de werknemer verweten feiten, zonder het nodig te vinden terstond de nodige stappen te ondernemen om tot dadelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst te geraken."

Betekent dit nu dat de Hoge Raad heeft willen zeggen dat de onverwijldheidsperiode al kan ingaan *voordat* de tot ontslag bevoegde functionaris van (het vermoeden van) de dringende reden op de hoogte is gekomen, en wel op het moment dat een niet tot ontslag bevoegde leidinggevende, of wellicht zelfs een andere functionaris dat vermoeden heeft?[81] Ik zou menen dat dat niet is wat de Hoge Raad heeft bedoeld te zeggen. Dat ligt reeds niet direct in de rede, omdat het een breuk zou betekenen met het onder 2.3.6 besproken arrest van 1921. Dat de Hoge Raad in het arrest van 18 mei 1984 zou hebben willen omgaan, is uit dat arrest niet af te leiden. Veeleer zou ik de hiervoor geciteerde overweging aldus willen duiden dat het feit dat een directe chef, of een andere leidinggevende – zij het niet tot ontslag bevoegde – functionaris wetenschap van bepaald wangedrag "laat liggen" een (voor de werkgever negatieve) rol kan spelen in de afweging of zich een dringende reden voordoet, in die zin dat die omstandigheid erop duidt dat ofwel het wangedrag helemaal niet zo erg *was* als de werkgever later is gaan beweren, ofwel het wangedrag binnen de onderneming (mogelijk: ten onrechte) niet als iets ernstigs wordt *gezien*, bijvoorbeeld omdat sprake is van een zekere "gedoogcultuur". Zowel het een als het ander kan ertoe bijdragen dat van een dringende reden geen sprake is. In de laatste categorie – die van de gedoogcultuur – valt een recent arrest van het Gerechtshof te Den Bosch, waarin de vraag voorlag of op staande voet kon worden ontslagen wegens het meenemen van oud metaal van de werkplek.[82] Die vraag werd ontkennend beantwoord, juist vanwege het feit dat leidinggevenden al langere tijd op de hoogte waren van hetgeen zich voltrok:

> "4.6.4 Naar het oordeel van het hof is de door Y. gestelde algemene praktijk een belangrijke omstandigheid die meeweegt bij de beantwoording van de vraag of in dit geval sprake is van een dringende reden in de zin van artikel 7:678 BW. Immers, indien binnen het bedrijf van X.

81 Zie voor die lezing: A.M.R.G.L. Noy, Rek in de onverwijldheid bij ontslag op staande voet, NJB 1986, p. 637. Noy beroept zich ter onderbouwing van haar betoog dat de onverwijldheidstermijn al begint te lopen als een andere functionaris dan de tot ontslag bevoegde het vermoeden van een dringende reden krijgt ook nog op HR 23 februari 1979, NJ 1979, 478, maar dat betoog gaat niet op, omdat de Hoge Raad zich in dat arrest in het geheel niet uitliet over deze vraag. Het cassatiemiddel faalde integraal bij gebrek aan feitelijke grondslag, zodat aan enige inhoudelijke behandeling niet werd toegekomen, laat staan aan een uitspraak over de vraag of kennis bij een niet tot ontslag bevoegde de onverwijldheidstermijn doet aanvangen.

82 Zie Hof Den Bosch 16 januari 2007, RAR 2007/91. Zie eveneens Hof Leeuwarden 22 juni 2010, LJN:BN0309 (rov. 6.4) waarin eveneens werd beslist dat bij de beoordeling of het optreden van de op staande voet ontslagen werknemer een dringende reden vormde, rekening gehouden behoorde te worden met "een mede door zijn leidinggevende gekleurde bedrijfscultuur". Zie voorts Ktr. Amsterdam 26 mei 2003, JAR 2003/264 waarin – de andere kant op gedacht – het ontbreken van een excuserende bedrijfscultuur meebracht dat wel sprake was van een dringende reden.

> een gedoogcultuur, althans een (vrij) algemeen gebruik bestond dat bedoeld afval door werknemers ten eigen bate mocht worden verkocht, is er geen reden daarover een zodanig ernstig verwijt te maken aan Y. als thans het geval is."

In de eerste categorie – het stilzitten van de niet tot ontslag bevoegde chef vormt een aanwijzing dat het aan de werknemer verweten gedrag minder ernstig was dan de werkgever bepleit – valt een uitspraak van de Kantonrechter Zaandam uit 2005. Daarin ging het om het ontslag op staande voet van een medewerkster van de Aldi.[83] Deze door de Kantonrechter als "stoere Surinaamse huismoeder" aangeduide werkneemster werd op haar werk geconfronteerd met "een stel klierende jongelui", "lastpakken" zelfs, die zij "kordaat de winkel heeft uitgezet". Daarna – wederom in de woorden van de Kantonrechter – had "een van die jongens het bestaan om zijn hand op te heffen tegen deze vrouw, die zijn moeder had kunnen zijn, waarop zij hem een draai om zijn oren heeft verkocht." De assistent-bedrijfsleider die zich vervolgens naar buiten spoedde – en daar ook werd uitgescholden – vond het incident niet de moeite van het melden bij het tot ontslag bevoegde management waard. Dat gebeurde pas ruim een maand later, nadat de betreffende puber aangifte had gedaan bij de politie en de wijkagent dat kwam melden bij het filiaal. De Kantonrechter vond, in een even lezenswaardige als mijns inziens juiste uitspraak, dat van een dringende reden geen sprake was, nu het sop de kool niet waard was en betrok bij dat oordeel dat dat ook de reden zal zijn geweest dat de assistent- bedrijfsleider het incident in eerste instantie niet had gemeld.[84]

---

83 Ktr. Zaandam 3 november 2005, RAR 2006/9. Zie voor een vergelijkbare benadering Ktr. Middelburg 23 november 2009, LJN: BL8854, waarin sprake was van een ontslag op staande voet van een verloskundige die de status wijzigde nadat een kind levenloos geboren was. Tussen de ontdekking van de wijziging en het ontslag liggen elf dagen. De Kantonrechter komt tot het oordeel dat desondanks onverwijld is ontslagen omdat het direct volgt nadat de tot ontslag bevoegde Raad van Bestuur op de hoogte was gekomen. Het tijdsverloop dat de niet tot ontslag bevoegde leidinggevende gynaecologe had laten ontstaan woog echter mee bij de beoordeling van de ernst van de dringende reden en leidde ertoe dat het ontslag op die grond onderuit ging.

84 De uitspraak is overigens ook lezenswaardig vanwege het wat ongebruikelijke taalgebruik van de Kantonrechter, Mr F. Visser, ook wel bekend van zijn televisieprogramma De Rijdende Rechter. Mij is bekend dat dat taalgebruik niet bij eenieder binnen het juridisch bedrijf op instemming kan rekenen; het wordt soms als "te populair" beschouwd. Ik deel die kritiek niet. Het recht is er ook voor – zoals dat vaak genoemd wordt – "gewone mensen". En zeker in kantonzaken, waarin in persoon geprocedeerd mag worden, mogen die "gewone mensen" verwachten dat aan hen in een taal die zij begrijpen wordt uitgelegd hoe het recht in elkaar zit, waarom een beslissing in hun voor- of nadeel uitpakt. Niet alleen op de zitting, maar ook in de uitspraak die zij thuisgestuurd krijgen. De hier aangehaalde uitspraak toont aan dat een complexe juridische beslissing als die omtrent de aanwezigheid van een dringende reden best in "gewone mensentaal" valt uit te leggen en ondertussen juridisch inhoudelijk steekhoudend en overtuigend kan zijn. Ik ben er zeker van dat die begrijpelijkheid de aanvaardbaarheid van een bepaalde beslissing, ook als die nadelig uitvalt, alleen maar helpt. De benadering van de Kantonrechter rechtvaardigt – wat mij betreft – dan ook eerder een compliment dan een verwijt, te meer nu op de inhoud van de beslissing niets valt af te dingen. Hondius zal het daarmee eens zijn. Hij hield in zijn gecombineerde afscheidsrede als gewoon hoogleraar Burgerlijk recht aan de Universiteit Utrecht, tevens zijn inaugurele rede als hoogleraar Europees Privaatrecht aan diezelfde Universiteit op 28 november 2007 een vurig pleidooi voor helder taalgebruik in onder meer rechterlijke uitspraken. Het juridisch taalgebruik moet aan de gewone taal worden aangepast en niet omgekeerd, zo Hondius. Op zijn instemming zal de Kantonrechter Zaandam vermoedelijk in ieder geval mogen rekenen. Zie E. Hondius, Sense and nonsense in the law, Towards clarity and plain meaning, Deventer 2007.

Al met al zou ik menen dat het arrest van 18 mei 1984 aldus moet worden geduid dat de daarin vervatte overweging inzake eerdere wetenschap van niet tot ontslag bevoegde leidinggevenden niet moet worden geplaatst in de sleutel van de in dit hoofdstuk besproken eis van onverwijld ontslag, maar in de sleutel van de vraag of sprake is van een dringende reden.[85] Die uitleg verdraagt zich uitstekend met de letter van het betreffende arrest, omdat de Hoge Raad daarin opmerkt dat die wetenschap kan afdoen aan het "dringende karakter" van de opgegeven ontslaggrond en is bovendien in lijn met het hiervoor besproken arrest van 1921.

Overigens zou ik menen dat het ook onwenselijk zou zijn om de leer te verlaten dat pas het ontstaan van een vermoeden van een dringende reden bij de tot ontslag bevoegde functionaris de onverwijldheidsperiode laat aanvangen en te aanvaarden dat die periode ook reeds voordien kan aanvangen, te weten op een moment waarop "andere maar niet tot ontslag bevoegde functionarissen" binnen de onderneming zo een vermoeden zijn gaan koesteren. Het door de Hoge Raad gekozen criterium heeft het voordeel van eenduidigheid en (relatieve) eenvoud. Zou de onverwijldheidseis al kunnen gaan lopen op het moment waarop andere functionarissen enige wetenschap van het gebeurde hebben, dan zou dat vermoedelijk leiden tot een stortvloed aan procedures waarin partijen kibbelen over de vraag welke functionarissen al dan niet enige wetenschap hadden en of die wetenschap zodanig was dat de onverwijldheidsklok daardoor is gaan tikken. Het zou het geven van ontslag op staande voet complexer maken en bijdragen aan meer rechtsonzekerheid. De tegenwerping dat dat het toch wat vreemde resultaat mee kan brengen dat onverwijld ontslag op staande voet kan worden gegeven hoewel belangrijke leidinggevende functionarissen al lang weet hebben van het betreffende wangedrag, gaat daarbij niet op. Die wetenschap kan immers, blijkens het voorgaande, worden meegewogen in een andere afweging, te weten die of, alle omstandigheden in aanmerking genomen, sprake is van een dringende reden. Via die band kan dan ook worden voorkomen dat grote organisaties, simpelweg door voor het nemen van de uiteindelijke beslissing over ontslag op staande voet een bepaalde functionaris aan te wijzen die volledig wordt buitengesloten van onderzoeken naar mogelijke dringende redenen en die pas als dergelijke onderzoeken geheel zijn afgerond op de hoogte wordt gesteld van de uitkomsten daarvan, kunnen bewerkstelligen dat zij geen rekening behoeven te houden met de eis bij een verdenking voortvarend te moeten zijn. Die constructie kan weliswaar meebrengen dat de werkgever niet snel zal kunnen worden tegenworpen dat hij de onverwijldheidseis heeft geschonden – mits de tot ontslag bevoegde functionaris snel heeft beslist nadat hij uiteindelijk op de hoogte kwam van de verdenking – maar langs de band van de dringende reden kan de werkgever onaanvaardbaar getalm op andere niveaus dan bij de tot ontslag bevoegde functionaris dan alsnog worden tegengeworpen.

85 Zie in vergelijkbare zin de lezenswaardige afstudeerscriptie van Van Gerven. D. van Gerven, Zorgvuldig onderzoek naar een vermeende dringende reden: een paradox?, Masterscriptie EUR, Rotterdam 2011, p. 34.

2.3.8 Conclusie

Concluderend kan worden vastgesteld dat het moment waartegen uiteindelijk moet worden afgezet of sprake is van onverwijld ontslag, het moment is waarop de tot ontslag bevoegde functionaris bij de werkgever het vermoeden krijgt dat sprake is van een dringende reden. Dat vermoeden wordt subjectief ingevuld. Beslissend is wanneer de desbetreffende functionaris bij de werkgever daadwerkelijk dat vermoeden heeft. Verder is van belang dat het relevante vermoeden pas dan aanwezig zal zijn wanneer de tot ontslag bevoegde functionaris op basis van hem ter kennis gekomen concrete aanwijzingen een verdenking heeft die zowel (i) in redelijke mate is *geïndividualiseerd* (in die zin dat de verdenking is toegespitst op één of enkele werknemer(s)) als (ii) in die zin is *geconcretiseerd* dat de werkgever op grond van één of meer concrete feiten en/of omstandigheden het vermoeden koestert dat sprake kan zijn van een bepaalde daad, eigenschap of gedraging die een dringende reden kan zijn. Bij het aannemen dat het moment waarop de tot ontslag bevoegde functionaris dat vermoeden inderdaad had, is aangebroken, is, gelet op het bepaalde in art. 7:611 BW – en het via die band doorwerkende zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel – terughoudendheid geïndiceerd. De werkgever behoort een werknemer niet zonder voldoende feitelijke grondslag tot "verdachte" van een dringende reden te bestempelen. Maar daar staat tegenover dat de werknemer – en in zijn voetspoor: de rechter – de werkgever die deze terughoudendheid heeft betracht, niet te snel behoort af te rekenen op die terughoudendheid. Een tot op zekere hoogte marginale toets is derhalve op dit punt aangewezen.

2.4 Van vermoeden tot ontslag; algemeen – beperkte onverwijldheids-guidance van de Hoge Raad, maar wel met een impliciete boodschap

Zodra bij de werkgever het vermoeden van een dringende reden is ontstaan, dan zal, gerekend vanaf dat moment, het ontslag onverwijld moeten zijn geïmplementeerd. Hieronder worden de verschillende fases die in dat traject kunnen worden onderscheiden achtereenvolgens besproken. Allereerst wordt echter, bij wijze van opmerking vooraf, ingegaan op de relatief beperkte *guidance* die de Hoge Raad in zijn algemeenheid kan geven bij de beoordeling wanneer aan de eis van onverwijld ontslag is voldaan.

De afwegingen of de werkgever, na het ontstaan van het vermoeden van een dringende reden, voldoende voortvarend is geweest in zijn onderzoek en, in het verlengde daarvan, of een ontslag vervolgens onverwijld genoeg is gegeven en ingegaan, zijn in sterke mate feitelijke afwegingen.[86] Geeft de rechter in feitelijke instanties zich er rekenschap van dat de vraag of aan de onverwijldheidseis is voldaan een afweging van alle omstandigheden vergt en gaat hij dus uit van een juiste rechtsopvatting, dan zal de Hoge Raad slechts in uitzonderlijke gevallen kunnen ingrijpen. Die mogelijkheid bestaat dan alleen als de rechter tot een daadwerkelijk

86 Zie in die zin reeds A.-G. Besier voor 25 juni 1920, NJ 1920, p. 828, r.k., 4e alinea, P.-G. Noyon voor HR 2 januari 1925, NJ 1925, 343, p. 344, r.k., 5e alinea, alsmede het in die zaak door de Hoge Raad gewezen arrest.

onbegrijpelijk oordeel is gekomen, ofwel zijn beslissing onvoldoende heeft gemotiveerd door op bepaalde omstandigheden in de sfeer van de onverwijldheid, waarop de uiteindelijk verliezende partij heeft gewezen, niet in te gaan.[87] Het is in dit verband illustratief dat de Hoge Raad, voor zover uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt, sinds het *GTM-arrest geen enkele* uitspraak heeft gedaan waarin hij tot vernietiging is gekomen van de uitspraak van de appelrechter inzake de onverwijldheid van het ontslag. In *alle* zaken waarin over de onverwijldheidsbeslissing werd geklaagd – zowel in de zaken waarin de werkgever klaagde over het feit dat was beslist dat een ontslag niet onverwijld was gegeven, als in de zaken waarin de werknemer over de tegenovergestelde uitkomst klaagde – werd de beslissing van de appelrechter in stand gelaten, meestal met een verwijzing naar het grotendeels feitelijke karakter van de afweging.

Toch is uit deze terughoudende opstelling van de Hoge Raad wel een belangrijke les te trekken. Die luidt dat de Hoge Raad het zonder meer accepteert als de rechter die over de feiten gaat, de werkgever vrij veel ruimte gunt ter zake van de onverwijldheid van het ontslag. Zelfs in gevallen waarin de feitenrechter de onverwijldheidseis heel ruim heeft genomen, ziet de Hoge Raad geen noodzaak om in te grijpen en daarmee sanctioneert hij stilzwijgend een ruime, werkgeversvriendelijke interpretatie van die eis. Eén van de meest kenmerkende voorbeelden daarvan is zijn tamelijk geruchtmakende (eerste) arrest in de zaak *Prins/Hema.*[88] De heer Prins was op zaterdag 29 juli 1995, op wat feitelijk zijn laatste werkdag als verkoopchef bij Hema was, na afloop van zijn afscheidsreceptie voorafgaand aan zijn vervroegde uitdiensttreding, betrapt op het zonder betaling meenemen van twee blikken motorolie, ter waarde van NLG 9,90,-. Prins, die op dat moment 35 jaar in dienst was, heeft dit diezelfde avond nog *erkend* ten overstaan van een inmiddels opgeroepen filiaalmanager, in tegenwoordigheid van de personeelsfuctionaris. Zij hebben Prins op maandag 31 juli 1995 daaromtrent nader gesproken en hem meegedeeld en schriftelijk bevestigd dat hij in het kader van een in te stellen onderzoek werd geschorst wegens het zonder betaling meenemen van twee flessen motorolie, en wel tot na het moment van het einde van zijn vakantiereis. Die ving aan op 31 juli en zou eindigen op 23 augustus 1995. Prins keerde twee weken later, op 12 augustus 1995, vervroegd terug van vakantie. Toen Hema dat hoorde, heeft zij hem bij brief d.d. 14 augustus 1995 opgeroepen voor een bespreking op het hoofdkantoor op 17 augustus 1995, waarin hij op staande voet is ontslagen, zulks bijna drie weken na (de poging tot) het meenemen van de flessen motorolie. De Kantonrechter achtte het ontslag niet onverwijld gegeven. Zulks omdat zijns inziens na de constatering van de aan Prins verweten gedragingen en het inwinnen van juridisch advies binnen een drietal of zestal dagen een beslissing en een mededeling hadden kunnen (en moeten) volgen.[89] De Rechtbank kwam tot een tegenovergestelde uitkomst en liet daarbij zwaar wegen dat het "een kwestie van zorgvuldigheid" was dat ook het arbeidsverleden van Prins

87 Zie o.a. HR 4 januari 1980, NJ 1980, 396; HR 10 augustus 1984, NJ 1985, 34; HR 18 september 1987, NJ 1987, 238; HR 21 januari 2000, JAR 2000/45, rov. 3.10, voorlaatste volzin, alsmede de conclusie van A.-G. De Vries Lentsch-Kostense onder 18.

88 HR 21 januari 2000, NJ 2000, 190.

89 Vide de Conclusie van A.-G. De Vries Lentsch-Kostense voor het arrest onder 4.

in de afweging werd betrokken – waarvoor klaarblijkelijk overleg met het hoofdkantoor vereist was – terwijl de hem opgelegde schorsing duidelijk maakte dat het wegnemen van de twee flessen zeer ernstig werd gevonden. De Rechtbank vond het te billijken dat het onderzoek enige tijd vergde. Eerst na terugkeer van Prins kon verder worden gehandeld en dat – zo de Rechtbank – had Hema niet nagelaten, maar met de nodige voortvarendheid gedaan. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand. Volgens hem getuigde het niet van een onjuiste rechtsopvatting en was het evenmin onbegrijpelijk. Dat geeft aan dat de Hoge Raad de werkgever (en in diens verlengde: de appelrechter die in het voordeel van de werkgever beslist) ter zake van de onverwijldheid van het ontslag niet al te streng de maat wenst te nemen. Een tegenovergestelde uitkomst zou immers in het onderhavige geval zeer wel denkbaar zijn geweest. Immers: Prins werd weliswaar op 31 juli geschorst hangende een onderzoek, maar de vraag rijst wel wat er eigenlijk nog te onderzoeken was, nu Prins het hem verwetene op dat moment al had erkend. De lengte van het dienstverband en het eerdere functioneren van Prins kon Hema vermoedelijk met een snelle blik in het personeelsdossier achterhalen. In feite werd de verdere afwikkeling van de zaak alleen maar drie weken, te weten voor de duur van de vakantie van Prins, *aangehouden* omdat men hem (klaarblijkelijk) nog van vakantie wilde laten genieten alvorens de spreekwoordelijke bijl zou vallen. Door onder die omstandigheden toch niet in te grijpen, geeft de Hoge Raad het signaal af dat de soep van de onverwijldheid wat hem betreft niet al te heet moet worden gegeten; als de feitenrechter (gemotiveerd) vindt dat er valide redenen zijn om het ontslag enige tijd aan te houden, ook al zijn de feiten die aan het ontslag ten grondslag liggen bekend, dan zal de Hoge Raad dat oordeel in stand laten.

> Maar hier past wel een waarschuwing en die luidt dat het arrest van 21 januari 2000 niet (in zekere zin: *a contrario*) moet worden misverstaan als een garantie voor de werkgever dat, wanneer de rechter in feitelijke instanties een keer wat strenger is, dat in cassatie wel weer "rechtgezet" kan worden. De Hoge Raad grijpt immers evenmin (snel) in als de feitenrechter (in appel) tot het oordeel is gekomen dat van onverwijld ontslag *geen* sprake is. De periode van ruim twee weken waarin Hema Prins na constatering van het meenemen van twee flessen motorolie op vakantie liet gaan, moet dan ook zeker niet worden gezien als een *in zijn algemeenheid* toelaatbaar uitstel waarop de werkgever bij wijze van vaste regel mag *rekenen.* Sterker nog: in een arrest van 27 september 1996 liet de Hoge Raad een uitspraak in stand waarin op grond van een *vrijwel gelijk tijdsverloop* (iets meer dan twee weken) tussen enerzijds het moment waarop het verweten feit – het niet afdragen van gelden – ter kennis was gekomen van de werkgever en anderzijds het ontslag, was beslist dat van onverwijld ontslag *geen* sprake was.[90] Men kan het, al met al, misschien het beste zo verwoorden: de Hoge Raad geeft met zijn rechtspraak sinds het *GTM-arrest* het signaal af dat hij vindt dat de werkgever in het kader van de onverwijldheidseis met enige *largesse* tegemoet getreden mag worden, maar als de feitenrechter in een concreet geval beslist dat de werkgever te lang heeft getreuzeld, dan zal de Hoge Raad niet snel corrigerend ingrijpen. Dat zal pas anders zijn wanneer de rechter in feitelijke instanties bijvoorbeeld een harde en strenge regel formuleert dat – om eens wat te noemen – altijd binnen twee dagen na de ontdekking van een bepaald feit moet worden ontslagen. Zulke *hard and fast rules* zal de Hoge Raad, naar mijn overtuiging, kraken.

90 HR 27 september 1996, NJ 1997, 142.

In dit verband kan nog worden gewezen op een arrest uit 1923, waarin de rechter in appel had beslist dat het ontslag niet onverwijld was gegeven omdat het pas twee dagen nadat het feit ter kennis was gekomen van de werkgever, was gegeven. De Hoge Raad greep ook in die zaak niet in.[91] Het oordeel van de Rechtbank was volgens de Hoge Raad "geheel van feitelijken aard". Daarbij tekende de Hoge Raad wel – en dát maakt het arrest in dit verband interessant – aan dat de Rechtbank, anders dan het middel haar verweet, niet was uitgegaan van de (onjuiste) opvatting dat het verloop van "een vrijen dag tusschen het plegen der feiten, die tot het ontslag leiden en het ontslag zelf" onder alle omstandigheden ontoelaatbaar is. Zou de Rechtbank wel zo een *hard and fast rule* hebben vastgesteld, zo lijkt de Hoge Raad te willen zeggen, dan zou dat haar op vernietiging van haar vonnis zijn komen te staan. Dat zal heden ten dage niet anders zijn.

2.5 De eerste fase: van vermoeden tot bewijsbare zekerheid dat zich een dringende reden voordoet

2.5.1 Drie onverwijldheidsfases

Ontstaat eenmaal het hiervoor onder 2.3 besproken, redelijk geïndividualiseerde en redelijk geconcretiseerde vermoeden van een dringende reden, dan zal de werkgever vervolgens, gerekend vanaf dat moment, onverwijld tot beëindiging van het dienstverband moeten komen. In de periode van het moment waarop dat vermoeden ontstaat tot het moment waarop het dienstverband eindigt, kunnen verschillende fases worden onderscheiden.[92] Ik onderscheid er drie. De *eerste* fase betreft de periode waarin de werkgever onderzoekt of en vaststelt dat zich de vermoedelijke dringende reden inderdaad feitelijk voordoet, hij daarvan bovendien bewijs vergaart en hij zich erover laat adviseren of die dringende reden ook in rechte als zodanig zal worden aangemerkt. De *tweede* fase betreft het tijdvak gelegen tussen het moment waarop de dringende reden aantoonbaar vaststaat en het moment waarop wordt opgezegd. De *derde* fase tot slot betreft eventueel tijdsverloop tussen de opzegging en de einddatum van het dienstverband. Duidelijk moge zijn dat de genoemde drie fases zich niet noodzakelijkerwijs steeds voordoen. Sterker nog: in de derde fase komt men vrijwel nimmer terecht, omdat de meeste "opzeggingen" op staande voet met onmiddellijke ingang worden gegeven. De tweede fase, dus tijdsverloop tussen de vaststelling dat zich een dringende reden voordoet en het geven van ontslag, komt wel met regelmaat voor. Enig tijdsverloop in verband met onderzoek naar de juistheid van het vermoeden dat zich een dringende reden voordoet en om daarvan bewijs te vergaren – de eerste fase – is bij vrijwel elk ontslag op staande voet aan de orde.

Binnen welk tijdsbestek de werkgever in die eerste fase (i) moet verifiëren of zijn verdenking juist is en (ii) daarvan bewijs moet verzamelen, hangt blijkens de hiervoor onder 2.3.1 aangehaalde overweging van de Hoge Raad in het *GTM-arrest* af van de

91 HR 13 maart 1923, NJ 1924, 509.

92 Zie in dat verband ook de conclusies van A.-G. Mok voor HR 22 april 1983, NJ 1983, 667 en HR 18 september 1987, NJ 1988, 238. Zie ook S.W. Kuip, a.w., p. 56 die niet spreekt over fases, maar veeleer over een aantal relevante rechtsmomenten die zoal kunnen worden onderscheiden.

omstandigheden van het geval, waarbij de Hoge Raad *expressis verbis* als relevante gezichtspunten onder meer heeft genoemd: de aard en omvang van eventueel noodzakelijk onderzoek, de behoedzaamheid die bij het instellen van zulk een onderzoek geboden kan zijn om geen onrust in het bedrijf van de werkgever te wekken, de eventuele noodzaak tot het inwinnen van rechtskundig advies en tot het verzamelen van bewijsmateriaal, en de door de werkgever in acht te nemen zorg om te vermijden dat, bij ongegrondbevinding van het vermoeden, de werknemer in zijn gerechtvaardigde belangen zou worden geschaad. In het navolgende zal worden gekomen tot een nadere evaluatie van de betekenis die de verschillende door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten in de praktijk hebben voor de werkgever die onderzoek verricht of laat verrichten naar een vermoedelijke dringende reden. Vanzelfsprekend beoogt dit boek daarbij niet een uitputtende uiteenzetting te geven van de opsporingsbevoegdheden die een werkgever die zich geconfronteerd ziet met een vermoeden van een dringende reden, ten dienste staan, noch van de beperkingen die in dat verband zoal gelden. Een dergelijke beschouwing zou de reikwijdte van dit boek te buiten gaan en bovendien is Koevoets daarop in haar proefschrift uit 2006 reeds uitvoerig ingegaan.[93] Wel lijkt het raadzaam om, zij het kort, stil te staan bij de vraag waaraan de werkgever zijn onderzoeksbevoegdheid überhaupt ontleent.

2.5.2 De onderzoeksbevoegdheid van de werkgever

In haar zojuist reeds genoemde dissertatie heeft Koevoets opgemerkt dat er geen specifieke rechtsgrond is aan te wijzen waarop de opsporingsbevoegdheid van de werkgever gebaseerd kan worden en dat blijkbaar wordt verondersteld dat de werkgever die bevoegdheid gewoon heeft.[94] Zij heeft vervolgens het standpunt ingenomen dat de rechtsgrond kan worden gevonden in art. 7:611 BW en het uit art. 7:660 BW volgende instructierecht van de werkgever, in combinatie met de bijzondere contractuele vertrouwensrelatie waarin werkgever en werknemer tot elkaar staan. De werkgever mag erop vertrouwen dat de werknemer zich als goed werknemer aan de hem verstrekte instructies houdt en bij het vermoeden dat dat niet zo is, heeft de werkgever het recht dat nader te onderzoeken. Zonder onderzoeksmogelijkheden, zo parafraseer ik Koevoets, zou de verplichting om regels na te leven een dode letter zijn. Oster heeft zich bij die opvatting aangesloten en daar nog de aardige invalshoek aan toegevoegd dat de verplichting zich als goed werkgever te gedragen ook meebrengt dat de werkgever als hij het vermoeden heeft dat sprake is van wantoestanden, de "morele verplichting" heeft ten opzichte van zijn werknemers om daaraan zo snel mogelijk een einde te maken.[95] Voortwoekerend immoreel gedrag binnen de onderneming waartegen niet wordt opgetreden, kan leiden tot een ongezonde werksfeer, wat zijn weerslag kan hebben op de individuele werknemer. Oster kiest dus als aanvullende invalshoek de zorgplicht van de werkgever voor het

93 M.M. Koevoets, Wangedrag van werknemers (diss. EUR), Den Haag 2006, p. 9 e.v.
94 M.M. Koevoets, Wangedrag van werknemers (diss EUR), Den Haag 2006, p. 11/12.
95 J. Oster, Het zwijgrecht en de meldplicht van de werknemer, SR 2008/10 (zie onder 4). Zie ook A.F. Verdam, Bescherming van klokkenluiders: welke regels en procedures (dienen te) gelden? ArbeidsRecht 2001, 1, p. 2.

wel en wee van de collectiviteit van het personeelsbestand. Ik kan mij in de benadering van Oster en Koevoets en hun beroep op de artt. 7:660 en 7:611 BW vinden en meen dat voor het recht van de werkgever om onderzoek te doen naar voor hem belangrijke informatie ter zake van mogelijke misstanden op of in verband met het werk ook steun valt te vinden in de rechtspraak van de Hoge Raad. Zulks in de eerste plaats in het *GTM-arrest* zelf, waar de Hoge Raad met zoveel woorden overweegt dat de werkgever *de tijd mag nemen* om zorgvuldig onderzoek te doen naar een mogelijke dringende reden en voor het verzamelen van bewijsmateriaal. Dat is, zo al geen expliciete bevestiging van het feit dat de werkgever dus mag "opsporen", in ieder geval een duidelijke impliciete bevestiging daarvan.[96] Verder kan worden gewezen op het feit dat in de rechtspraak van de Hoge Raad van de afgelopen jaren met nadruk en bij herhaling is aanvaard dat de in art. 7:611 BW verankerde norm van goed werkgeverschap de werkgever ertoe noopt om de werknemer goed te informeren omtrent voor hem en zijn rechtspositie belangrijke feiten en omstandigheden. Zowel in de sfeer van de werkgeversaansprakelijkheid, als in de sfeer van de beëindiging van het dienstverband (met wederzijds goedvinden), als ter zake van de rechten van de werknemer bij overgang van onderneming, heeft de Hoge Raad verstrekkende informatieverplichtingen op de werkgever gelegd uit hoofde van art. 7:611 BW.[97] De werknemer heeft er, op grond van art. 7:611 BW, recht op dat zijn werkgever hem, in ieder geval: ter zake van belangrijke onderwerpen, goed en volledig informeert. Het spiegelbeeldige zal dan, zoals ik eerder reeds in een bijdrage met Stamhuis naar voren bracht, naar mijn mening ook aangenomen mogen worden; ook op de werknemer kan een verplichting rusten om zijn werkgever van voor diens bedrijfsvoering belangrijke, wezenlijke informatie te voorzien, zeker als hem daarom wordt gevraagd.[98] Het recht van de werkgever om (opsporings)onderzoek te doen naar voor hem relevante feiten (waaronder begrepen: het vermoeden van een dringende reden) en, meer in het bijzonder, zijn recht om in dat kader ook werknemers te horen,

96 Zie ook: Rb. Zutphen 13 juni 2002, Prg. 2002, 5935 (rov. 6.10: "Indien misstanden geconstateerd worden door een werkgever, heeft hij/zij in beginsel het recht de werknemers hierover te (laten) ondervragen.").

97 Zie HR 26 oktober 2007, NJ 2008, 504 (werkgever moet werknemer bij overgang van onderneming volledig informeren over zijn rechten en verplichtingen). In vergelijkbare zin: HR 26 juni 2009, NJ 2011, 154 en JAR 2009/183. Zie daarover: R.M. Beltzer, Overgang van onderneming, wat niet weet, deert toch, ArA 2009 (8)/3, p. 42 e.v., alsmede A.L. Hustinx, Informatievoorziening aan werknemers bij overgang van onderneming, ArbeidsRecht 2009, 40. Zie HR 18 maart 2005, NJ 2009, 328 (werkgever aansprakelijk voor letselschade piloot ten gevolge van verkeersongeval in Ivoorkust tussen twee vluchten, omdat KLM piloot niet minstens waarschuwde dat hij een verzekering behoorde af te sluiten voor risico's van dergelijke ongevallen). Zie ook HR 19 september 2003, NJ 2005, 234 en JAR 2003/244: zorgvuldigheid die werkgever jegens oudere werknemer in acht behoort te nemen, brengt mee dat werknemer geen onjuiste informatie wordt verstrekt omtrent mogelijkheid om na beëindiging van het dienstverband pensioenopbouw voort te zetten. *"Gelet op de belangen die voor [eiser] – naar voor het ziekenhuis kenbaar was – op het spel stonden, bracht de zorgvuldigheid die het ziekenhuis, als werkgever, onder de hiervoor geschetste omstandigheden in acht behoorde te nemen tegenover [eiser], een oudere werknemer met wie een overeenkomst ter beëindiging van een langdurig dienstverband zou worden gesloten, mee dat het geen mededelingen aan [eiser] deed omtrent een voor hem bestaande mogelijkheid tot toekomstige pensioenopbouw zonder zich van de juistheid van die mededelingen te overtuigen."*

98 Zie S.F. Sagel en J.N. Stamhuis, Persoonlijke boetes en clementieverzoeken van werknemers – het arbeidsrecht als spelbreker voor de NMa?, SR 2008, 3.

vindt zo bezien dus ook steun in het vereiste van goed werk*nemers*chap als vervat in art. 7:611 BW. Vanzelfsprekend zal de werkgever bij dat onderzoek wel moeten blijven binnen de voor hem geldende wettelijke kaders, waaronder begrenzingen die kunnen volgen uit het Wetboek van strafrecht, de Wpb, en art. 7:611 BW.

2.5.3 De looptijd van het onderzoek; de aard en omvang van het onderzoek als gezichtspunt

De Hoge Raad stelt in het *GTM-arrest* voorop dat de vraag hoeveel tijd de werkgever mag nemen voor onderzoek naar het vermoeden van een dringende reden, in de eerste plaats samenhangt met *de aard en de omvang* van het uit te voeren onderzoek.

In zijn algemeenheid valt hierover te zeggen dat, net als de rechterlijke beslissing of sprake is van een dringende reden een feitelijke en een juridische component bevat – om die reden wordt, in cassatietermen, wel gesproken van een gemengde beslissing –, ook het onderzoek naar het bestaan van een dringende reden meestal uiteenvalt in een onderzoek naar enerzijds de feitelijke toedracht – wat is er gebeurd? – en anderzijds de juridische weging daarvan – vormt het gebeurde een dringende reden in de zin van art. 7:678 BW? Pas als beide vragen zijn beantwoord – waarbij voor de tweede vraag bovendien geldt dat hij bevestigend moet zijn beantwoord – converteert het vermoeden van de werkgever dat zich een dringende voordoet, in de wetenschap dat dat inderdaad het geval is.

Naarmate het te onderzoeken wangedrag omvangrijker of complexer is, zal vanzelfsprekend meer tijd genomen mogen worden. Soms zal een onderzoek zeer beperkt kunnen zijn, bijvoorbeeld omdat de werkgever aanwezig is op het moment waarop zich de dringende reden – bijvoorbeeld een vechtpartij tussen twee personeelsleden – voordoet, zodat hij met eigen ogen heeft gezien wat geschiedde. Onderzoek naar de toedracht is dan nauwelijks nog vereist. In een dergelijk geval zal het onderzoek beperkt kunnen zijn tot het horen van de werknemer – waarover hierna meer – en het inwinnen van juridisch advies over de kwalificatie van diens gedrag als dringende reden. Al met al zal de onverwijldheidsperiode in zo een geval een kwestie van hooguit dagen, in plaats van weken zijn. Illustratief is in dit verband een uitspraak van de Kantonrechter te Gorinchem uit 2007, die draaide om het ontslag van een werknemer wegens het onder werktijd en onder gebruikmaking van faciliteiten van de werkgever exploiteren van een eigen bedrijf, dat de werknemer – *what's is a name* – "Sidekick Nederland" – had genoemd.[99] De werkgever was daar achter gekomen omdat er bij hem een fax was binnengekomen gericht aan Sidekick, waarin een order werd geplaatst. Het ontslag volgde tien dagen later en de werkgever verklaarde dat uitsluitend met het feit dat hij een uittreksel van Sidekick uit de KvK had opgevraagd; juridisch advies was niet ingewonnen en de werknemer was ook niet gehoord. Gelet op deze wel heel beperkte omvang van het onderzoek werd een termijn van tien dagen te lang geacht om nog onverwijld te zijn.

Geheel anders ligt de zaak wanneer sprake is van een hoogst complexe en ondoorzichtige fraude, waarbij uitvoerig onderzoek vereist is om de waarheid boven

99 Ktr. Gorinchem 22 oktober 2007, RAR 2008/11; Prg. 2008, 8.

tafel te krijgen. In zo een geval kan het weken, ja soms zelfs maanden duren voordat het vermoeden van een dringende reden daadwerkelijk transformeert in de wetenschap dat die dringende reden daadwerkelijk bestaat. Is gedurende die periode met voortvarendheid aan de oplossing van de zaak gewerkt, dan staat het daardoor veroorzaakte tijdsverloop aan het geven van onverwijld ontslag niet in de weg.[100] Boot heeft in dit geval wel als regel geformuleerd dat die voortvarendheid voor de werkgever zou impliceren "iedere keer iets doen binnen twee a drie dagen".[101] Ik zou menen dat dergelijke *hard and fast rules*, hoewel zij vanzelfsprekend de charme van de eenvoud hebben, bepaald gevaarlijk zijn omdat zij een zekerheid suggereren die er niet is. Als een werkgever achtereenvolgens steeds drie dagen stilzit tussen verschillende opsporingshandelingen in, die net zo goed naadloos achtereen – of wellicht zelfs: tegelijkertijd – hadden kunnen plaatsvinden, kan de rechter daaruit wel degelijk afleiden dat niet voortvarend genoeg is gehandeld. Ook een uitstel van twee dagen kan de werkgever, blijkens rechtspraak van nota bene de Hoge Raad, de onverwijldheid kosten.[102] Een harde regel als door Boot geformuleerd, miskent dat de Hoge Raad ook bij de eis van onverwijld ontslag maatwerk eist, door een toetsing aan de omstandigheden van het geval voor te schrijven. Dat kán betekenen dat de werkgever voldoende voortvarend heeft gehandeld als hij "elke twee a drie dagen iets heeft gedaan", maar dat behoeft het zeer zeker niet altijd te betekenen. Het advies dat Luttmer-Kat in dit verband wel eens heeft gegeven, te weten: "voorkom een onbezonnen maatregel, maar gedoog geen enkel nodeloos uitstel", lijkt me dan ook behartigenswaardiger.[103] Ik zou het zelf zo willen zeggen: de werkgever zal aan de *safe side* zitten als hij het onderzoek zo vorm geeft dat het continu met voortvarendheid gaande is.

Ook de "gevoeligheid" van het onderzoek is van invloed op de tijd die de werkgever kan nemen voor zijn onderzoek. Een goed voorbeeld daarvan vormen zaken waarin een beschuldiging van seksuele intimidatie speelt. Daar staat de rechtspraak in het algemeen alleen al gelet op de aard van het onderzoek een ruime onderzoeksperiode toe, omdat – naar de ervaring leert – het hier gaat om problematiek waarin vaak veel betrokkenen gehoord moeten worden, mensen soms niet of niet direct wensen te verklaren en gelet op de gevoeligheid (en het gevaar van onterechte beschuldigingen) hoogste zorgvuldigheid geïndiceerd is.[104] Te denken valt evenwel ook aan onderzoeken waarbij het om andere, bijvoorbeeld reputationele, redenen aan

100 Zie daaromtrent bijvoorbeeld: Ktr. Amsterdam 1 oktober 2009, JAR 2009/274 (zes weken onderzoek akkoord).

101 G.C. Boot, Ontslag op staande voet: een weg met vele valkuilen, SR 2005, 35, p. 170.

102 HR 13 maart 1923, NJ 1924, 509.

103 A.M. Luttmer-Kat, Arbeidsovereenkomst, Aant. 8 bij art. 7:678 BW; Zie in die zin ook E. Verhulp, JAR Verklaard 2008-2, p. 4 die opmerkt dat de rechter uitstel best gedoogt zolang maar steeds voortvarend is gehandeld.

104 Rb. Amsterdam 30 september 1998, JAR 1999/250 (Rb. benadrukt belang van zorgvuldig onderzoek, 12 dagen voor onderzoek geaccordeerd); Ktr. Amersfoort 31 januari 1996, JAR 1996/54 (Belang zorgvuldig onderzoek, zeven dagen onderzoek geaccordeerd); Ktr. Amersfoort 15 februari 1993, JAR 1995/9 (ruim een maand onderzoekstijd, groot aantal getuigen gehoord, ontslag onverwijld gegeven. Grondig onderzoek naar beschuldiging vereist). Ktr. Amsterdam 1 oktober 2009, JAR 2009/274 (bijna zes weken onderzoek, mede in verband met afwezigheid wegens vakantie van belangrijke getuigen, toelaatbaar geacht).

werkgeverszijde of wegens gevoeligheden bij derden aangewezen is om extra omzichtig te werk te gaan. Verwezen zij naar een uitspraak van de Rechtbank Den Bosch uit 1987 waarin werd gebillijkt dat een uitvaartonderneming niet meteen contact had opgenomen met nabestaanden, toen bij haar het vermoeden was gerezen dat een medewerker ten onrechte opbaringen in de administratie had opgenomen (die niet hadden plaatsgevonden), maar er eerst was getracht om de juistheid van dat vermoeden op een andere, iets tijdrovender wijze boven water te krijgen. De rechtspraak verwacht bij gevoelige kwesties niet dat de werkgever als een olifant in een porseleinkast opereert, om de waarheid zo snel mogelijk boven water te hebben. Zorgvuldigheid prevaleert.

Van belang is tot slot nog om op te merken dat het onderzoek van de werkgever zich niet alleen behoort uit te strekken tot de feitelijke toedracht van hetgeen de werknemer wordt verweten, maar dat de werkgever ook tijd mag nemen om onderzoek te doen naar eventuele ontlastende (persoonlijke) omstandigheden, al dan niet in de privé-sfeer van de werknemer gelegen. Nu dergelijke omstandigheden meewegen bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, zal de werkgever ook de tijd gegund moeten worden om daarnaar onderzoek te doen.[105]

2.5.4 Schorsing hangende het onderzoek en onverwijldheid

Uit de rechtspraak volgt dat een belangrijke omstandigheid in de afweging of aan de onverwijldheidseis is voldaan, is gelegen in een eventuele schorsing van de werknemer, hangende het onderzoek naar een mogelijke dringende reden. Dat is een logisch uitvloeisel van de eis dat een ontslag onverwijld moet worden gegeven, die de neerslag of beter gezegd: de uitdrukking vormt van de gedachte dat de werkgever ook door zijn handelwijze moet laten zien dat de dringende reden voor hem inderdaad dringend is. Juist door een werknemer ten aanzien van wie het vermoeden van een dringende reden bestaat, te schorsen, brengt de werkgever tot uitdrukking dat hij het aan de werknemer verweten feit hoog opneemt en zo snel mogelijk maatregelen neemt om diens handelwijze (en de samenwerking) te beëindigen. Men kan het ook zo zeggen: door te schorsen handelt de werkgever in die zin voortvarend dat daarmee niet alleen wordt gesignaleerd dat de zaak hoog wordt opgenomen, maar eigenlijk wordt daarmee al een eerste begin gemaakt met de beëindiging van het dienstverband in die zin dat één van de elementen daarvan – te weten de arbeidsverrichting – (tijdelijk) wordt beëindigd.[106] Verder kan een schorsing bijdragen aan

105 Zie daaromtrent hierna hoofdstuk 5 onder 4.5.5 alsmede onder 4.8.3. Vgl. in dit verband ook de Duitse rechtspraak, waar wordt aanvaard dat de zogenaamde *Ausschlussfrist* van art. 626 lid 2 BGB, waarbinnen een zogenaamde *Fristlose Kundigung* geëffectueerd moet worden, pas begint te lopen wanneer de werkgever een volledig beeld heeft van de ontslaggrond, daaronder begrepen eventuele ontlastende (persoonlijke) omstandigheden van de werknemer. Zie onder meer BAG 5 december 2002, 2 AZR 478/01, rov. 30: (1) Die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt, wenn der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung ermöglicht, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht (BAG 28. Oktober 1971 – 2 AZR 32/ 71 – BAGE 23, 475; 6. Juni 1972 – 2 AZR 386/ 71 – BAGE 24, 341). (…) Zu den maßgebenden Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände."

106 Zie over de elementen van de arbeidsovereenkomst bijv. C.J. Loonstra en W.A. Zondag, Arbeidsrechtelijke themata, Den Haag, 2010, p. 92-108.

voortvarendheid van het onderzoek, doordat met die schorsing de mogelijkheden om een vermoeden van een dringende reden snel op te helderen, kunnen toenemen. Is een werknemer niet meer op de werkplek aanwezig, dan kan daardoor soms vrijelijker en daarmee sneller onderzoek worden gedaan naar de gegrondheid van het vermoeden. Zou door een schorsing sneller onderzoek gedaan hebben kunnen worden, dan kan het afzien van een schorsing ook in die zin een negatief effect hebben op de onverwijldheid van het ontslag.

Dat een schorsing invloed kan hebben op de beoordeling of een ontslag onverwijld is gegeven, vindt zijn meest recente bevestiging in het hiervoor onder 2.4 reeds vanuit cassatieperspectief besproken arrest in de zaak *Prins/Hema* van 21 januari 2000. Daarin besliste de Hoge Raad dat het oordeel van de Rechtbank dat, mede gelet op de schorsing van de werknemer – waardoor de Hema met voortvarendheid had aangegeven het wegnemen van de twee blikken motorolie hoog op te nemen – aan het onverwijldheidsvereiste was voldaan, niet getuigde van een onjuiste rechtsopvatting.

Dat een eventuele schorsing van de werknemer kan bijdragen aan het oordeel dat het ontslag onverwijld is gegeven, rechtvaardigt niet de simpele *a contrario* redenering dat een werkgever die bij een vermoeden van een dringende reden niet schorst daarmee *dus* niet in lijn met het onverwijldheidsvereiste heeft gehandeld.

Dat die gevolgtrekking onjuist zou zijn, volgt uit een eerder – en op dit punt belangrijker – arrest van de Hoge Raad uit 1983. In die zaak besliste de Hoge Raad namelijk uitdrukkelijk dat het feit dat een werknemer zijn werkzaamheden na het ontstaan van een vermoeden van een dringende reden nog enige tijd mocht uitoefenen, niet steeds behoeft te betekenen dat de werkgever niet onverwijld heeft gehandeld. Veeleer hangt het van de omstandigheden van het geval af of het feit dat een werkgever een werknemer van wie hij vermoedt dat deze hem een dringende reden heeft gegeven, nog enige tijd toelaat tot de arbeid, aan de onverwijldheid van het uiteindelijk om die reden gegeven ontslag in de weg staat.[107]

In het door de Hoge Raad berechte geval ging het om een werknemer die zich na een hersteldmelding door de verzekeringsarts niet op het werk meldde.[108] De werkgever gaf aan de afwezigheid als ongeoorloofd en daarmee als dringende reden te beschouwen. Indien de werknemer het daarmee niet eens was, moest hij beroep tegen het oordeel van de arts aantekenen, waarbij de werkgever zich het recht voorbehield tot ontslag op staande voet over te gaan als dat beroep ongegrond zou worden verklaard. Dat geschiedde zo'n drie maanden later en toen werd het ontslag per omgaande geëffectueerd. Dat ontslag hield in rechte stand. De Hoge Raad overwoog dat bij de beoordeling hoe het toelaten tot het werk zich verhoudt tot – wat toen nog heette – de subjectieve dringendheid van het ontslag, behalve met de duur van de periode waarin is doorgewerkt in het bijzonder ook rekening moet worden gehouden met "de aard van het aan de werknemer verweten gedrag, (…) de aard van zijn arbeid en (…) de situatie waarin deze moet worden verricht."

107 HR 13 mei 1983, NJ 1983, 794.
108 Zie over dit arrest ook F.J.C.M. de Kok, SMA 1984, p. 421.

Wat betekenen die door de Hoge Raad genoemde factoren nu precies?

Bij de beoordeling of het laten verrichten van werkzaamheden nadat het vermoeden van een dringende reden is ontstaan, onverenigbaar is met het onverwijldheidsvereiste, moet volgens de Hoge Raad allereerst worden gelet op de *duur van de arbeidsverrichting.* Tijdsverloop zal ook hier in het algemeen in het nadeel van de werkgever werken: naarmate een werknemer tegen wie een ernstige verdenking van een dringende reden bestaat langer op het werk wordt geduld, zal er minder snel sprake zijn van onverwijld ontslag.

Waar het de *aard* van het aan de werknemer verweten *gedrag* betreft, zal onder meer een rol spelen of dat gedrag evident het karakter van een incident heeft, of dat de kans op recidive aanwezig is. Als dat laatste het geval is, dan lijkt een schorsing in zijn algemeenheid eerder vereist om de onverwijldheid van het ontslag te sauveren dan wanneer herhaling niet te vrezen is. Wanneer een werkgever een werknemer die hij niet alleen verdenkt van ernstig wangedrag, maar ten aanzien van wie ook valt te verwachten dat hij in herhaling valt, aan het werk laat hangende onderzoek, zegt dat immers iets over hoe "dringend" die werkgever de betreffende ontslaggrond ervaart. Hij is klaarblijkelijk bereid om het risico van recidive te nemen. Betreft het vermoeden van een dringende reden gedrag dat evident eenmalig is, althans waarbij de kans op herhaling klein is, dan speelt deze contra-indicatie voor de "subjectieve dringendheid" in mindere mate.

Verder zal in het kader van de wegingsfactor *"aard van het verweten gedrag"* met name van belang zijn of (i) het verweten gedrag *tijdens het verrichten van de werkzaamheden* is vertoond, althans in directe relatie daarmee staat, of (ii) dat veeleer sprake is van een arbeidsrechtelijk verwijt dat – indien na onderzoek juist bevonden – weliswaar meebrengt dat van de werkgever niet gevergd kan worden het dienstverband voort te zetten, maar dat niet betekent dat de werknemer tekort is geschoten *tijdens, althans rechtstreeks in verband met, het verrichten van de werkzaamheden.* Indien sprake is van een verdenking van wangedrag dat rechtstreeks verband houdt met het verrichten van de bedongen arbeid en dat, indien bewezen, de conclusie wettigt dat de werknemer *in de uitoefening van zijn functie* tekort is geschoten – men denke aan een werknemer die tijdens het werk een greep in de kas doet, dronken op het werk verschijnt of veiligheidsregels aan zijn laars lapt – zal het in zijn algemeenheid meer in de rede liggen dat de werkgever tijdens onderzoek zal moeten schorsen teneinde de onverwijldheid te sauveren dan wanneer sprake is van een verdenking die met (de kwaliteit van) de verrichte werkzaamheden niet in rechtstreeks verband staat. Schorst de werkgever een werknemer die wordt verdacht van wangedrag dat rechtstreeks verband houdt met de verrichte arbeid niet, dan neemt die werkgever tot op zekere hoogte het risico dat de werknemer datzelfde gedrag nog eens zal laten zien; het enkele nemen van dat risico vormt een aanwijzing dat de werkgever het gedrag niet als al te ernstig ervaart. Bij verwijten die met de wijze waarop de bedongen arbeid wordt verricht, niets (rechtstreeks) van doen hebben, is het in de onderzoeksfase door laten werken van de werknemer bepaald minder bezwaarlijk vanuit onverwijldheidsperspectief. Men kan hier denken aan verwijten die betrekking hebben op ongeoorloofde afwezigheid of liederlijk gedrag in de privé-sfeer. Laat een werkgever een werknemer die ervan wordt verdacht dergelijk gedrag te hebben vertoond toe tot het werk hangende het onderzoek naar de verdenking, dan geeft hij

daarmee in mindere mate het signaal af het gewraakte gedrag niet als ernstig te beschouwen. Het enkele verrichten van de arbeid behelst dan immers niet het risico van recidive.

Ook de *"aard van de arbeid"* moet van de Hoge Raad in de beschouwing worden betrokken. Dat ligt in de rede. Bij sommige soorten werk zal de verdenking van een bepaald soort wangedrag er eerder toe nopen dat onmiddellijk door middel van een op non-actiefstelling wordt ingegrepen, dan bij andere soorten werk. Men denke aan de verdenking dat een werknemer bij een sollicitatie een vals diploma heeft verstrekt. Bij een docent op een muziekschool kan de uitkomst van het onderzoek naar de gegrondheid van die verdenking eerder "werkend" worden afgewacht dan bij een piloot op een Boeing-747.

Ten aanzien van *"de situatie waarin de arbeid moet worden verricht"* geldt dat veel zal afhangen van de vraag of een werknemer die verdacht wordt van een mogelijke misstap, werkt in een omgeving waarin controle op zijn handelwijze mogelijk is. Werkt de werknemer solitair, of in een functie waarin controle niet goed mogelijk is, en heeft het onderzoek betrekking op een in het kader van het werk begane misstap, dan zal het minder snel geaccepteerd worden dat tijdens het onderzoek naar die verdenking wordt doorgewerkt dan wanneer dergelijke controle wel mogelijk is. Is geen controle mogelijk en laat de werkgever toch doorwerken, dan gaat ook hier weer het argument spelen dat de werkgever daarmee het risico op recidive neemt; dat argument klemt minder wanneer de werknemer wel in de gaten kan worden gehouden, hangende het onderzoek.

Aan de door de Hoge Raad in het arrest van 13 mei 1983 genoemde gezichtspunten – die blijkens dat arrest enuntiatief bedoeld zijn – zou ik *"het belang van het (opsporings) onderzoek"* als mee te wegen omstandigheid willen toevoegen. Er kunnen zich omstandigheden voordoen waarin het onderzoek naar mogelijke malversaties vergt dat de werknemer ten aanzien van wie het vermoeden bestaat dat hij zich aan een dringende reden schuldig heeft gemaakt, vooralsnog niet bekend raakt met die verdenking. Zulks juist om te kunnen onderzoeken of die verdenking juist is. Bijvoorbeeld omdat zo gade kan worden geslagen of de werknemer nog eens over de schreef gaat, of om te kunnen bestuderen hoe hij daarbij opereert – en met wie – en om te kunnen voorkomen dat de werknemer bewijsmateriaal doet verdwijnen. Dat het opsporingsbelang kan wettigen om een werknemer die ervan verdacht wordt zijn werkgever een dringende reden te hebben gegeven, niet te schorsen en dat dan desondanks aan het onverwijldheidsvereiste kan zijn voldaan, vindt in die zin steun in de rechtspraak dat de Hoge Raad blijkens het *GTM-arrest* in het kader van de onverwijldheidstoetsing zwaar tilt aan het belang van gedegen onderzoek, omdat dat – uiteindelijk – in het belang is van beide partijen. Het ligt dan ook in de rede aan te nemen dat wanneer het onderzoek vergt dat een werknemer tijdens een verdenking doorwerkt, juist om de gegrondheid van die verdenking te kunnen verifiëren dan wel te weerleggen, de rechter daar niet onwelwillend tegenover zou moeten staan.

Concluderend kan worden gesteld dat uit de rechtspraak volgt dat wanneer het vermoeden bestaat dat een werknemer zich aan een dringende reden heeft schuldig

gemaakt, de onverwijldheidseis niet noodzakelijkerwijs meebrengt dat de "verdachte" werknemer hangende het onderzoek naar de gegrondheid van die verdenking wordt geschorst; óf dat vanuit onverwijldheidsperspectief noodzakelijk is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Duidelijk is wel dat de werkgever die niet schorst hangende het onderzoek naar een mogelijke dringende reden, daarmee een risico neemt; hoe de rechter die keus taxeert in het licht van de onverwijlheidseis moet immers maar worden afgewacht. Vanuit dat perspectief bezien is het voor de werkgever in zijn algemeenheid zonder meer aan te bevelen om bij het vermoeden van het bestaan van een dringende reden wel te schorsen, tenzij dat vanuit het opsporingsbelang onwenselijk is.

Het zojuist geformuleerde "advies" geldt des te sterker, nu uit de rechtspraak inzake schorsingen en op non-actiefstellingen volgt dat schorsingen hangende een onderzoek naar mogelijke misdragingen op het werk zelden worden opgeheven in kort geding. Hoewel de lagere rechtspraak het uitgangspunt van de Hoge Raad dat de werknemer in beginsel geen recht op tewerkstelling aan de arbeidsovereenkomst kan ontlenen, inmiddels de facto heeft omgedraaid, zodat voor een rechtsgeldige schorsing een zwaarwegende grond vereist wordt, wordt die zwaarwegende grond bij aanwijzingen dat zich mogelijk een dringende reden heeft voorgedaan, in het algemeen wel aangenomen.[109] Het risico op een veroordeling tot wedertewerkstelling is relatief gering indien de verdenking aannemelijk kan worden gemaakt.[110]

Het "nadeel" dat de werkgever van de schorsing ondervindt, is dat hij in beginsel het loon zal moeten doorbetalen gedurende de schorsing, nu een schorsing een oorzaak voor het niet verrichten van de arbeid (in de zin van art. 7:628 BW) is die volgens de Hoge Raad valt in de risicosfeer van de werkgever.[111] Bij CAO en – wat de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst betreft: – ook bij individuele arbeidsovereenkomst, kan van dat uitgangspunt zijn afgeweken, maar dat zijn (zo leert de praktijk) uitzonderingsgevallen.[112]

Uit een arrest van de Hoge Raad uit 1993 volgt dat slechts in zeer bijzondere gevallen zal kunnen worden afgeweken van het uitgangspunt dat tijdens schorsing loon moet worden doorbetaald. Daarvoor is vereist dat het geldend maken van die loonaanspraak een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar gevolg te zien geeft, hetgeen naar zijn aard een terughoudende toets impliceert.[113] De Hoge Raad heeft zich in het arrest van 1993 niet uitgelaten over de vraag *welke* omstandigheden in dat verband relevant zijn, maar vermoedelijk zal allereerst gewicht mogen toekomen aan de mate waarin de schorsing aan de werknemer valt

109 HR 26 maart 1965, NJ 1965, 163. Zie voor de lagere rechtspraak P.S. van Minnen, 100 uitspraken over non-activiteit en schorsing, AI 2005/1, p. 5 e.v., die met juistheid constateert dat de lagere rechtspraak een gegronde reden vergt voor op non-actiefstelling.

110 Zie voor een voorbeeld van een geval waarin een schorsing gewettigd werd geacht hangende onderzoek naar een mogelijke dringende reden: Pres. Rb. Amsterdam 5 februari 1982, Prg. 1982, 1605.

111 HR 21 maart 2003, NJ 2007, 332; JAR 2003/91. Zie over dat arrest S.F. Sagel, Recht op loon tijdens schorsing en op non-actiefstelling?, ArbeidsRecht, 2003/6/7, 29 en W.A. Zondag, De bevoegdheid tot schorsing en het recht op doorbetaling van loon, ArA 2003/2, p. 26 e.v.

112 Zie art. 7:628 leden 5 en 7 BW.

113 HR 1 juli 1993, NJ 1993, 666.

te verwijten. Is sprake van een schorsing wegens een (achteraf bevestigd) vermoeden van ernstig wangedrag aan de zijde van de werknemer, dan zal doorbetaling eerder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn dan wanneer de op non-actiefstelling in het geheel niet aan de werknemer valt te wijten, bijvoorbeeld als hij is heengezonden omdat zijn functie is vervallen. Ook zal gewicht toekomen aan de lengte van de schorsing en de mate waarin de werknemer daaraan heeft bijgedragen. Is sprake van een korte schorsing, dan zal minder snel sprake zijn van een situatie waarin het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de werknemer aanspraak maakt op loon dan wanneer sprake is van een langdurige schorsing die door de werknemer willens en wetens is gerekt. Te denken valt aan een werknemer die het onderzoek naar zijn handelwijze tegenwerkt waardoor de schorsing maanden in beslag neemt.[114] Heeft de werkgever de lange duur van de schorsing daarentegen aan zichzelf te wijten omdat hij de zaak, nadat de werknemer is geschorst, heeft "laten liggen", dan zal de loonaanspraak van de werknemer niet snel op grond van art. 6:248 lid 2 BW afgewezen kunnen worden. Ook komt gewicht toe aan de financiële situatie van de werkgever en de werknemer. Heeft de werknemer elders betaalde arbeid verricht, dan zal in het algemeen eerder sprake zijn van een situatie waarin het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de werknemer aanspraak maakt op loon dan wanneer hij geen andere inkomsten heeft.[115] Ook de omstandigheid dat de werkgever in een penibele financiële situatie verkeert, kan ertoe bijdragen dat het onaanvaardbaar is dat een werknemer tijdens een schorsing aanspraak maakt op loon. Dat geldt vanzelfsprekend eens te meer wanneer die situatie door toedoen van de werknemer is ontstaan, bijvoorbeeld omdat deze op zeer grote schaal heeft gefraudeerd.[116] Al met al zal de werkgever dus slechts in extreme gevallen kunnen ontkomen aan de verplichting om tijdens een schorsing het loon door te betalen.[117] Toch zal dat nadeel, bestaande in de verplichting tot doorbetaling tijdens een schorsing, vrijwel nimmer opwegen tegen de in potentie zeer grote financiële risico's die worden gelopen als een ontslag op staande voet achteraf terecht vernietigd wordt wegens een "vuiltje" in de onverwijldheid, veroorzaakt doordat de werkgever een werknemer die hij verdacht van een dringende reden, hangende het onderzoek niet schorste.

De hiervoor genoemde regel dat het in zijn algemeenheid verstandig is om hangende onderzoek naar een mogelijke dringende reden te schorsen, lijdt naar mijn mening dan ook eigenlijk alleen dan uitzondering wanneer het opsporingsbelang meebrengt dat een werknemer nog even *in the blind* moet worden gehouden waar het de tegen hem bestaande verdenking betreft. Behoudens dat geval, is het bij wijze van vuistregel bepaald aan te bevelen om hangende een onderzoek naar het vermoeden van een dringende reden, te schorsen. De werkgever die daar bezwaren

114 Zie bijv. Vzgr. Rb. Breda 10 augustus 2012, LJN: BX4066. Doorbetaling loon tijdens schorsing in strijd met 6:248 lid 2 BW nu werknemer uitleg weigert.

115 Ktr. Enschede 23 december 2009, LJN: BK7667, waarin de loonaanspraak tijdens schorsing werd gematigd tot het verschil tussen het loon bij de werkgever die schorste en het (lagere) loon bij de andere werkgever.

116 Zie over deze belangenafweging S.F. Sagel, Recht op loon tijdens schorsing en op non-actief stelling?, ArbeidsRecht 2003, 29.

117 Zie in die zin ook D.J. Buijs, Schorsing alleen met behoud van loon, SR 2003, 52 onder 9.

tegen heeft omdat hij dan, uitzonderingsgevallen daargelaten, het loon moet doorbetalen zonder dat hij daar enige arbeidsprestatie voor ontvangt, moet zich realiseren wat de financiële gevolgen zijn als een ontslag uiteindelijk stukloopt op de klippen van de onverwijldheidseis.

2.5.5 Tijdsverloop door bij het onderzoek in acht te nemen wettelijke regels; de Wbp

In de meeste gevallen zal een werkgever die het vermoeden heeft dat zich een dringende reden voordoet, zelfstandig onderzoek doen naar de gegrondheid van dat vermoeden. Het tijdsverloop dat met een onderzoek gepaard gaat, wordt deels bepaald door de spelregels die de werkgever daarbij in acht moet nemen. Dat zijn deels voorschriften die volgen uit specifieke wettelijke bepalingen, deels gaat het daarbij om belangrijke rechtsbeginselen die via de band van de algemene norm van goed werkgeverschap doorwerken in de verhouding werkgever-werknemer.

Ten aanzien van de specifieke wettelijke voorschriften die bij een onderzoek in acht genomen moeten worden, moet met name worden gedacht aan de eisen die volgen uit de Wet Bescherming Persoonsgegevens – de Wbp –. Die wet vindt, ingevolge art. 2 daarvan, toepassing bij het geheel of gedeeltelijk geautomatiseerd verwerken van persoonsgegevens. Daarmee ziet de wet op allerlei opsporingsmethoden, zoals bijvoorbeeld cameratoezicht, controle van e-mail en het opnemen van telefoongesprekken.[118] Nu bovendien onder persoonsgegevens alle gegevens betreffende een geïdentificeerde natuurlijke persoon worden verstaan, is de reikwijdte van de wet bijzonder ruim. Er is in de literatuur de afgelopen jaren veel aandacht besteed aan de vereisten die een werkgever die onderzoek wil doen naar een mogelijke misstand binnen zijn organisatie, in acht zal moeten nemen op grond van de Wbp. Maar dat heeft er niet toe geleid dat in de rechtspraak tot op heden vaak met succes een beroep op die wet is gedaan, om onderzoeksresultaten die in strijd daarmee zouden zijn verkregen, terzijde geschoven te krijgen.[119] Dat kan twee verklaringen hebben: vrijwel alle werkgevers houden zich keurig aan die wet, of weinigen – behalve privacy-specialisten – kennen de daaruit volgende verplichtingen werkelijk (of willen ze kennen). Het gaat het bestek van dit onderzoek te buiten om een uitputtende opsomming te geven van de betekenis die de vereisten van de Wbp meebrengen voor allerlei opsporingsmethoden.[120] Wat in het kader van deze bijdrage volstaat, is erop te wijzen *dat* uit die wet verplichtingen voor de werkgever kunnen volgen die een vertragend effect kunnen hebben op de afwikkeling van een onderzoek. Zo zal een werkgever die persoonsgegevens gaat verwerken op grond van art. 27 Wbp daarvan een melding moeten doen bij het CBP, tenzij een dergelijke melding niet vereist is op grond van het zogenaamde Vrijstellingsbesluit.[121] Dat besluit is op sommige ingrijpende opsporingsmethodes die worden verricht zonder dat de

118 Zie onder meer: A.D. Putker-Blees, Onderzoek naar mogelijk wangedrag van werknemer: ruimte en grenzen, ArbeidsRecht 2010, 44.
119 Zie daarover M.M. Koevoets, Wangedrag van werknemers (diss. EUR), Den Haag 2006, p. 40.
120 Zie voor een overzicht daarvan: I.J. de Laat, Een beetje integer bestaat niet, over opsporing van niet integer gedrag, AI 2008/2, p. 29 e.v.
121 Stb. 2001, 250.

betrokkene daarvan op de hoogte is – denk aan: verborgen cameratoezicht – niet van toepassing. Als een melding wordt gedaan van het vastleggen van "gegevens (…) op grond van eigen waarneming zonder de betrokkene daarvan op de hoogte te stellen" (waaronder verborgen cameratoezicht valt) beslist het CBP binnen vier weken in het kader van een vooronderzoek of het tot nader onderzoek overgaat. Is dat het geval, dan kan het nog twintig weken duren voordat het CBP zijn beslissing heeft genomen.[122] Gedurende dat tijdvak, aldus art. 32 Wbp, is de "verwerker" gehouden om toepassing van de gegevensverwerking op te schorten. In de literatuur is gedebatteerd over de vraag wanneer sprake is van verwerken van gegevens uit eigen waarneming "zonder de betrokkene op de hoogte te stellen". De heersende leer lijkt te zijn dat daarvan geen sprake is – en dus ook *geen* tijdrovend voorafgaand onderzoek door de CBP nodig is – wanneer de werkgever op enig moment vooraf aan zijn werknemers heeft gecommuniceerd dat er in voorkomend geval – als daartoe aanleiding zou bestaan – verborgen (camera)toezicht kan plaatsvinden. Zo merkt De Vries op dat alleen wanneer de werkgever van mening is dat zelfs die mededeling, dat wil zeggen de mededeling dat verborgen cameratoezicht kan plaatsvinden, achterwege kan blijven, een voorafgaand onderzoek door het CBP vereist is.[123] Dat lijkt me een werkbare oplossing. Wat nu, als een werkgever echter niet zo een algemene melding vooraf aan het personeel heeft gedaan en hij in het kader van een onderzoek naar een mogelijke dringende reden moet overgaan tot verborgen cameratoezicht, omdat dat de enige mogelijkheid is die het vereiste bewijs kan opleveren. Van de Bult constateert dat de werkgever dan klem zit: "op dat moment is het informeren van werknemers geen optie meer" – vermoedelijk bedoelt Van de Bult: omdat de dader zijn handelwijze dan onmiddellijk zal staken – "en het vragen van een voorafgaand onderzoek evenmin" – vermoedelijk bedoelt Van de Bult: gelet op het grote tijdsverloop dat daarmee gepaard gaat. Met dat laatste bezwaar ben ik het eens vanuit het perspectief dat het hoogst onwenselijk is dat een werkgever die verborgen cameratoezicht nodig heeft om een mogelijke misstand op te lossen en te beëindigen, die misstand hangende een langdurig onderzoek van het CBP nog maanden zou moeten laten voortwoekeren, met alle daaruit voortvloeiende schade van dien en het risico dat de "vogel is gevlogen" op het moment dat het onderzoek uiteindelijk kan beginnen. Vanuit het oogpunt van de onverwijldheid van een ontslag zie ik evenwel geen bezwaar. Het is goed verdedigbaar dat een werkgever die pas na het groene licht van de CBP start met het betreffende onderzoek en dán ontdekt wat er aan de hand is en wie daarvoor verantwoordelijk is, daarmee niet de onverwijldheid van een om die reden aan die verantwoordelijke te geven ontslag op staande voet heeft verspeeld.

122 Art. 32 lid 3 Wbp.

123 Zie H.H. de Vries, Privacybescherming op de werkplek, in J.M.A. Berkvens en J.E.J.P. Prins, Privacyregulering in theorie en praktijk, Deventer, 2007, p. 196. Zie in gelijke zin: M.S.A. Vegter, JAR Verklaard, 2007/7, p. 4. Van der Bult heeft erop gewezen dat deze benadering ook steun vindt in door het CBP zelf uitgegeven brochures, maar dat hem uit overleg met de CBP is medegedeeld dat dat college zich op het standpunt zou stellen dat ook wanneer een algemene mededeling is gedaan dat in voorkomend geval verborgen cameratoezicht kan plaatsvinden, bij de daadwerkelijke inzet daarvan zulks nogmaals vooraf moet worden gemeld aan het betrokken personeel, bij gebreke waarvan het CBP een onderzoek ex art. 31 Wbp zou moeten verrichten. F. van der Bult, Een stappenschema voor de rechtmatige toepassing van verborgen cameratoezicht, TRA 2009/4, p. 16/17, vide in het bijzonder voetnoot 19.

Wanneer er op het moment waarop de werkgever wil overgaan tot verborgen cameratoezicht en het CBP een onderzoek instelt naar de toelaatbaarheid daarvan, nog geen geconcretiseerde en geïndividualiseerde verdenking van een dringende reden bestaat en dat vermoeden pas ontstaat op het moment dat de camerabeelden, maanden later, alsnog gemaakt mogen worden en daarmee ontdekt wordt *wie wat* heeft misdaan, gaat ook de onverwijldheidsperiode pas op dat moment lopen. Dat volgt met zoveel woorden uit het hiervoor reeds uitvoerig besproken arrest van de Hoge Raad in de zaak van *Wennekes Lederwaren.* Is er evenwel op het moment dat de werkgever het wapen van het heimelijk cameratoezicht wil inzetten wel reeds een zodanig geconcretiseerde en gespecificeerde verdenking van betrokkenheid bij wangedrag dat sprake is van een "vermoeden" van een dringende reden die de onverwijldheidsperiode heeft doen aanvangen, dan behoeft uitstel door een CBP onderzoek – zelfs als dat onderzoek enige maanden in beslag neemt – evenmin aan de onverwijldheid van een daarna te geven ontslag in de weg te staan. Ik zou menen dat in dat geval heeft te gelden dat wanneer een werkgever die zich bij een onderzoek naar het vermoeden van een dringende reden zorgvuldigheidshalve houdt aan de wettelijke beperkingen die in dat verband gelden – daaronder begrepen de beperkingen van de Wbp – en daardoor geconfronteerd wordt met tijdsverloop, die werkgever zulks niet tegengeworpen behoort te krijgen in het kader van de onverwijldheideis. Alleen die oplossing lijkt mij in lijn met de benadering van de Hoge Raad in het *GTM-arrest*, waarin de Hoge Raad duidelijk tot uitdrukking bracht dat bij de beantwoording van de vraag hoe veel (onderzoeks)tijd mag verstrijken van het vermoeden van een dringende reden tot het daadwerkelijk ontslag, in hoge mate wordt bepaald door de *zorgvuldigheid* die de werkgever jegens de werknemer in acht heeft te nemen. De in de Wbp verankerde regels strekken er eveneens toe een gerechtvaardigd belang van de werknemer, te weten diens belang op eerbiediging van zijn privacy, te dienen. Het ligt dan ook in de rede (vertraging in het onderzoek door) naleving van de Wbp-vereisten niet in strijd te achten met de onverwijldheid van een te geven ontslag, zulks vanzelfsprekend indien en voor zover de werkgever in dat kader zo voortvarend mogelijk heeft gehandeld om aan zijn verplichtingen uit hoofde van die wet te voldoen.

2.5.6 Tijdsverloop door toepassing van hoor en wederhoor

Afgezien van specifieke wettelijke regels, zal de looptijd van een onderzoek naar een mogelijke dringende reden ook beïnvloed worden door zorgvuldigheidseisen die de werkgever op grond van de algemene norm van goed werkgeverschap in acht heeft te nemen. Het belangrijkste vereiste in dat verband is het beginsel van hoor en wederhoor.

Hoewel de Hoge Raad zich – naar mijn mening: terecht – op het standpunt stelt dat het enkele feit dat een werkgever een werknemer niet de gelegenheid heeft gegeven te worden gehoord, alvorens een ontslag op staande wordt geëffectueerd, dat ontslag niet in zichzelf vitieert, is het vrijwel *communis opinio* in rechtspraak en literatuur dat een werkgever die onderzoek doet naar het mogelijk bestaan van een dringende reden, de werknemer in beginsel in de gelegenheid behoort te stellen daarover te worden gehoord.[124] Een groot aantal auteurs heeft het belang van dit beginsel in de aanloop naar een ontslag (op staande voet) onder de aandacht

gebracht. Zo wees Heerma van Voss er reeds in zijn dissertatie uit 1992 op dat een werkgever bij de voorbereiding van een besluit tot ontslag de nodige kennis dient te vergaren omtrent de relevante feiten en af te wegen belangen en dat hij bij dat onderzoek "uiteraard" algemene rechtsbeginselen als dat van hoor en wederhoor in acht heeft te nemen.[125] Hansma heeft er in een bijdrage uit 1990 in dit verband zelfs voor gepleit om een wettelijke verankering te geven aan een hoorplicht voor de werkgever die tot ontslag wil overgaan.[126]

Er is in de literatuur, onder meer door Jakimowicz en Disselkoen, ook op gewezen dat inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor zeker niet moet worden gezien als een stap die de werkgever alleen in het belang van de werknemer moet nemen.[127] Alleen door te horen, kan de werkgever een volledig beeld krijgen en een juiste afweging maken van de in het geding zijnde belangen. Maakt hij een verkeerde afweging, omdat hij door het afzien van hoor en wederhoor niet alle relevante feiten kende, dan kan hij daar achteraf de rekening voor gepresenteerd krijgen in de vorm van een nietig ontslag. Samen met Verhulp heb ik er in dit verband reeds aandacht voor gevraagd dat het belang van naleving van het beginsel van hoor en wederhoor alleen maar is toegenomen met de recente rechtspraak van de Hoge Raad waaruit blijkt dat bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, ook de persoonlijke omstandigheden van de werknemer en de gevolgen die het ontslag voor hem zal hebben, meewegen.[128] Dat zijn bij uitstek feiten die liggen in het domein van de werknemer; wil de werkgever daarmee rekening kunnen houden bij zijn beslissing omtrent het ontslag – en in de rechtspraak van de Hoge Raad ligt besloten dat de Hoge Raad vindt dat hij dat zou moeten doen – dan zal de werkgever daartoe vrijwel onontkoombaar een gesprek moeten hebben met de werknemer, alvorens hij op staande voet ontslaat. Doet hij dat niet, dan neemt hij het risico te ontslaan zonder te weten of er wellicht nijpende omstandigheden zijn die aan het bestaan van een dringende reden kunnen afdoen.[129] Op de gevolgen die dat "niet horen" kan hebben voor de beoordeling van de dringende reden wordt hierna onder 4.8.3 nog nader teruggekomen. Voorts kan erop worden gewezen dat het standpunt dat het vereiste van goed werkgeverschap in het algemeen toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor in de aanloop naar een ontslag op staande voet vereist, ook steun vindt in internationaal arbeidsrecht, te weten in art. 7 van IAO verdrag 158 inzake "Termination of Employment", dat bepaalt:

---

124 Zie HR 19 september 1980, NJ 1981, 131. Zie recent ook: Ktr. Haarlem 21 juli 2011, LJN: BR4105. Van een strengere benadering getuigt Ktr. Dordrecht 27 augustus 2008, LJN: BE9374 (enkele schending hoor en wederhoor maakt ontslag in zichzelf ongeldig). Zie hierover ook hierna onder 4.7.6.7.

125 Zie ook G.J.J. Heerma van Voss, Ontslagrecht in Nederland en Japan, Deventer 1992, p. 290. Overigens is het verdag door Nederland nog niet geratificeerd. Zie ook G.J.J. Heerma van Voss, Het goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht, Deventer 1999.

126 R. Hansma, Onrustig ontslagrecht: commentaar op wetsontwerp 21 479, Den Haag 1990, p. 38.

127 C.M. Jakimowicz en V. Disselkoen, Procedurele aspecten van ontslag op staande voet, AI 2007/2, p. 104 en 105.

128 Zie o.a. HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643; HR 8 oktober 2004, NJ 2007, 480; HR 14 september 2007, NJ 2008, 334.

129 Zie S.F. Sagel en E. Verhulp, Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet, in: Voor De Laat: de Hoge Raad, Reeks VvA nr 34, Deventer 2005, p. 96.

> "The employment of a worker shall not be terminated for reasons related to the worker's conduct or performance before he is provided an opportunity to defend himself against the allegations made, unless the employer cannot reasonably be expected to provide this opportunity."[130]

Zijdelings zij in dit verband tot slot opgemerkt dat het Duitse Bundesarbeitsgericht al in een uitspraak uit 1960 heeft beslist dat de door de werkgever in acht te nemen zorgvuldigheid hem ertoe kan verplichten om de werknemer voorafgaand aan een ontslag op staande voet de gelegenheid tot wederhoor te bieden, zulks in gevallen waarin niet uit te sluiten valt dat de werknemer hierdoor ontlastende feiten zou kunnen aanvoeren.[131] De betekenis hiervan was enige tijd onduidelijk omdat het BAG niet had beslist wat het gevolg van schending van deze verplichting zou zijn. In latere rechtspraak verduidelijkte het BAG dat er geen algemene regel is die meebrengt dat een ontslag op staande voet niet tot de mogelijkheden behoort als de werknemer niet vooraf gehoord is. Tot nietigheid van de opzegging leidt de schending van het beginsel van hoor en wederhoor dus ook in Duitsland niet.[132] Een uitzondering geldt bij de zogenaamde *Verdachtskundigung*, dat wil zeggen een ontslag op staande voet wegens een verdenking van een strafbaar feit of een ernstig plichtsverzuim. Bij een ontslag wegens een dergelijke verdenking neemt het BAG wel een harde verplichting van de werkgever aan om de werknemer vooraf te horen; zulks in het kader van de op hem rustende verplichting om, alvorens tot ontslag wegens een verdenking over te gaan, alles gedaan te hebben om de ware toedracht vast te stellen.[133]

In de (lagere) rechtspraak heeft het pleidooi dat onder meer de hiervoor genoemde auteurs hebben gehouden voor toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor in onderzoek naar een mogelijke dringende reden in ruime en toenemende mate weerklank gevonden. Een van de meest pregnante en principiële beslissingen daarover bevat een arrest van het Gerechtshof Den Haag uit 2008.[134] Daarin overwoog het Hof, naar mijn mening: met juistheid, als volgt:

> "6. (…) Bij het bekend worden aan de werkgever van feiten en/of omstandigheden die, indien juist, grond zouden kunnen opleveren voor een ontslag op staande voet, dient, zo over die feiten/omstandigheden geen volledige klaarheid bestaat, door de werkgever een onderzoek te worden ingesteld naar de juistheid daarvan, voordat de werkgever zich bij een ontslag op staande voet op die gronden beroept. Goed werkgeverschap brengt dat met zich mee. Voorkomen moet immers worden dat lichtvaardig wordt overgegaan tot een ontslag op staande voet, dit tot schade van de werknemer.
> Onderdeel van bedoeld onderzoek is het horen van de werknemer over de gronden die tot het ontslag op staande voet zouden kunnen leiden. Bij dat horen dient de werkgever met betrekking tot de tegen de werknemer gerezen vermoedens (en de daaraan ten grondslag

130 Het verdrag is door Nederland overigens niet geratificeerd.
131 BAG 14 juli 1960, EzA §123 BGB nr. 3.
132 BAG 10 februari 1977, EzA § 103 BetrVG 1972, nr. 18; BAG 21 november 1996, EzA § 626 BGB nF nr. 162; BAG 18 september 1997, EzA § 626 BGB nF nr. 169.
133 Zie BAG 13 september 1995, EzA § 626 BGB, Verdacht strafbarer Handlung, nr. 6.
134 Gerechtshof Den Haag 31 juli 2008, JAR 2008/241.

liggende feiten en/of omstandigheden) volledige opening van zaken te geven. De werknemer dient zich immers tegen gerezen bezwaren deugdelijk te kunnen verweren.
Het horen van de werknemer als hiervoor bedoeld zal in veel gevallen uit twee delen bestaan, namelijk uit een gesprek aan het begin van het onderzoek waarbij de betrokken werknemer van de gerezen bezwaren op de hoogte gebracht wordt (nog al eens gevolgd door een schorsing) en een gesprek aan het einde van het onderzoek, waar de werknemer van de onderzoeksbevindingen op de hoogte gebracht wordt (dat is ook het moment waarop de werkgever doorgaans zijn beslissing kenbaar maakt met betrekking tot het al dan niet voortzetten van het dienstverband met de betrokken werknemer)."

Het Haagse arrest staat, als gezegd, bepaald niet op zichzelf. De afgelopen jaren wijst de lagere rechtspraak steeds vaker uitdrukkelijk op het belang van toepassing van hoor en wederhoor in een onderzoek naar een mogelijke dringende reden.[135] Daarbij wordt bovendien met regelmaat aangenomen dat dat beginsel er niet alleen toe noopt dat de werknemer, op het moment dat de beslissing eigenlijk al gevallen is, "zijn zegje mag doen" over het voorgenomen ontslag, maar ook dat hij een daadwerkelijke en eerlijke kans krijgt om zich materieel tegen de bevindingen en bestaande verdenking te verweren, hetgeen in het algemeen zal impliceren dat de werknemer in staat moet worden gesteld om kennis te nemen van en te reageren op (voor hem relevante) passages uit onderzoeksrapporten. Verder wordt wel aangenomen dat een werknemer, teneinde zich daadwerkelijk te kunnen verweren, ook inzage en toegang moet kunnen hebben tot documenten van de werkgever, die hem kunnen ontlasten.[136] Ik zou menen dat die gedachte juist is. Het beginsel van hoor en wederhoor impliceert niet alleen dat de andere partij een gelijke kans krijgt om haar gelijk aan te tonen, maar ook dat zij daartoe een eerlijke kans krijgt. Dat kan een verplichting tot toegang tot ontlastend materiaal meebrengen.[137] Ik teken daarbij overigens nog aan dat een werkgever die zulks weigert, zich ervan bewust moet zijn dat de werknemer toegang tot de betreffende documenten zo nodig in rechte zal kunnen afdwingen. Art. 843a

135 Zie ook Ktr. Venlo 5 augustus 2005, JAR 2005/202, waarin de Kantonrechter overwoog dat het naar zijn mening op de weg van de werkgever had gelegen om alvorens te grijpen naar het arbeidsrechtelijk zware middel van ontslag op staande voet, het beginsel van hoor en wederhoor toe te passen en zich niet alleen te laten leiden door hetgeen door derden werd verklaard. Vide voorts Ktr. Utrecht 15 september 2004, JAR 2005/22; Ktr. Hoorn 13 juni 2005, JAR 2005/162.

136 Zie in die zin ook Ktr. Rotterdam 21 januari 2010, LJN: BL0220: rov. 5.12: "De werkgever die de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden, zoals fraude, wil beëindigen dient zich te realiseren dat zijn beslissing grote consequenties met zich brengt. Niet alleen raakt de werknemer zijn baan kwijt, maar tevens zingt in het bedrijf, doorgaans in de branche èn in de persoonlijke levenssfeer van de werknemer rond dat hij wegens fraude is ontslagen. Dat is zeer ingrijpend en de kans is bepaald niet ondenkbeeldig dat hierdoor aan de werknemer in de toekomst een zweem van criminaliteit kleeft waar hij niet of nauwelijks meer van afkomt. (…) Om die reden durft de kantonrechter, in het geval van een dringende reden zoals fraude, wel de stelling aan dat de werkgever de tijd moet nemen voor een deugdelijk onderzoek en de werknemer, desgewenst, ook in de gelegenheid moet stellen juridische bijstand te vragen en hem moet aanbieden van het belastende materiaal kennis te nemen. De werknemer dient in de gelegenheid te worden gesteld documenten uit het bedrijf van de werkgever op te vragen en deze te kunnen bestuderen zodat hij de verwijten van fraude kan pareren."

137 Zie in dat verband M. Kuijer en S.F. Sagel, Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM, SR 2001, p. 50-57.

Rv. biedt daartoe de mogelijkheid, zowel in een separaat kort geding als bij wijze van incidentele vordering in een procedure over de rechtsgeldigheid van het ontslag.

De erkenning van het grote belang van het beginsel van hoor en wederhoor in onderzoek naar een mogelijke dringende reden vertaalt zich in de rechtspraak ook naar de onverwijldheidseis en wel in die zin dat een werkgever die de tijd neemt om op zorgvuldige wijze uitvoering te geven aan het beginsel van hoor en wederhoor, daarop in beginsel niet wordt afgerekend in die zin dat daardoor optredend tijdsverlies aan de onverwijldheid van het gegeven ontslag afdoet. Het Haagse Hof bracht die hoofdregel in zijn zojuist reeds uitvoerig aangehaalde uitspraak uit 2008 als volgt kernachtig tot uitdrukking: "De wettelijke eis dat ontslag op staande voet onverwijld moet worden meegedeeld staat aan een dergelijk onderzoek niet in de weg." De opvatting van het Haagse Hof vindt steun in een groot aantal andere uitspraken van lagere rechters waarin tijdsverloop ten gevolge van het horen van een werknemer evenmin tot strijd met de onverwijldheidseis leidde.[138]

De stelligheid waarmee het Haagse Hof oordeelt dat de wettelijke onverwijldheidseis niet aan de uitoefening van het recht op wederhoor in de weg staat, verdient echter wel enige nuancering. Men kan het ook zo zeggen: als hoofdregel is de beslissing zeker juist, maar het credo dat er *geen regel zonder uitzondering* is, gaat ook hier op. Er kunnen zich allerlei omstandigheden voordoen waardoor de toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor tot vertraging leidt. Die vertraging wordt niet steeds aanvaardbaar geacht; er kan een moment komen waarop de werkgever die vergeefs heeft getracht uitvoering te geven aan dat beginsel, zal moeten ontslaan *zonder* de werknemer te horen, wil hij de onverwijldheid niet verspelen. Het lijkt nuttig nog wat verder "in te zoomen" op de vraag wanneer daarvan sprake is.

2.5.7 Vertraging in het onderzoek door oorzaken aan de zijde van de werknemer; vakantie, weekend, ziekte en andere persoonlijke omstandigheden

In de eerste plaats kunnen zich omstandigheden voordoen aan de zijde van de werknemer, die ertoe leiden dat door de werkgever (tijdelijk) geen uitvoering gegeven kan worden aan toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor. Daarbij

138 Een greep uit een veel breder scala uitspraken in deze lijn: Ktr. Utrecht 16 januari 2008, Prg. 2008, 92 (Kantonrechter kan werkgever volgen in zijn standpunt dat een werkgever enig respijt wordt gegund "om de werknemer te horen" en juridisch advies in te winnen); Ktr. Gorinchem 22 oktober 2007, RAR 2008/11 (schending van onverwijldheidseis nu enige tijd is verstreken en niet is gebleken dat dit tijdsverloop is gebruikt om de werknemer te horen); Ktr. Lelystad 14 september 2005, LJN: AU5989 (tijdsverloop van vijf dagen tussen oproep om gehoord te worden en het daadwerkelijke wederhoor leidt niet tot schending onverwijldheidseis); Ktr. Eindhoven 29 november 2004, JAR 2005/2 (werknemer in onderzoek naar seksuele intimidatie twee keer gehoord, met tussenpoos van enige dagen, ontslag onverwijld); Ktr. Haarlem 10 maart 2004, LJN: AO9728 (gering uitstel wegens horen doet niet af aan onverwijldheid); Rb. Amsterdam 30 september 2008, JAR 1999/250 (mede doordat tijdsverloop van 12 dagen is gebruikt voor horen werknemer onverwijld); Ktg. Amersfoort 15 december 1993, JAR 1995/9 (zorgvuldig onderzoek naar vermeende sexuele intimidatie, waarin werknemer zelf ook is gehoord; ontslag daardoor onverwijld te achten); Ktr. Heerenveen 2 maart 2011, LJN: BP9062 (onverwijldheidseis niet geschonden nu kort tijdsverloop is gebruikt om werknemer te horen); Ktr. Sittard 12 mei 2010, JAR 2010/188 (drie dagen voor wederhoor niet in strijd met onverwijldheid).

valt in de eerste plaats te denken aan ziekte of vakantie. Uit de rechtspraak volgt dat die beide gronden voor uitstel van het horen verschillend worden getaxeerd.

Het voorbeeld bij uitstek van uitstel in verband met vakantie van de werknemer wordt gevormd door het hiervoor reeds uitvoerig besproken arrest van de Hoge Raad uit 2000 in de zaak van de heer Prins die door de Hema op de valreep voor zijn vakantie werd betrapt op verduistering van twee blikken motorolie.[139] De Rechtbank achtte het in die zaak niet in strijd met de onverwijldheidseis om pas na afloop van die vakantie, twee weken later, over te gaan tot horen en kort daarop tot ontslag. De Hoge Raad was van mening dat die benadering niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigde en voor het overige te feitelijk was om in te grijpen. In de lagere rechtspraak wordt die benadering sedertdien gevolgd.[140] Recent nog achtte de Voorzieningenrechter te Amsterdam een uitstel van 12 dagen alvorens een bankmedewerker gehoord werd over een tegen hem bestaande verdenking (inzake het verstrekken van vertrouwelijke bancaire informatie) geen afbreuk doen aan de onverwijldheid van het hem nadien gegeven ontslag, nu dat uitstel werd veroorzaakt door de vakantie van de werknemer.[141] Kan hieruit nu worden afgeleid dat een werkgever die tijdens of net voor een vakantie van een werknemer het vermoeden krijgt dat deze hem een dringende reden heeft gegeven, zonder risico's het einde van die vakantie kan afwachten, alvorens de werknemer gehoord wordt? Behoudens bijzondere omstandigheden lijkt dat – bij de huidige stand van de rechtspraak – inderdaad het geval. Over de vraag of die, op zich heldere, lijn in de rechtspraak ook juist is, kan men van mening verschillen. Dankzij de huidige communicatiemogelijkheden (mobiele telefoon, blackberry) zal het veelal goed mogelijk zijn om een werknemer ook tijdens zijn vakantie te bereiken en hem een reactie te vragen op de bestaande bevindingen en vermoedens, nog daargelaten dat men zich kan afvragen waarom een werknemer niet geacht kan worden voor iets zo belangrijks als een gesprek over een voorgenomen ontslag op staande voet, zijn vakantie te onderbreken of uit te stellen. Dat geldt des te sterker als die vakantie – bijvoorbeeld – in Nederland wordt doorgebracht. Aan de andere kant, doet de gedachte dat zulk uitstel aanvaardbaar is, wel tot op zekere hoogte recht aan de recuperatiefunctie die aan het opnemen van vakantiedagen wordt toebedacht.[142] De krachten die een werknemer tijdens zijn vakantie vergaart zal hij, als het kort daarop tot ontslag op staande voet komt, nog hard nodig hebben. Zo bezien is er inderdaad wel wat voor te zeggen om een werkgever die een werknemer zorgvuldigheidshalve zijn vakantie laat opnemen alvorens hij hem over een voorgenomen ontslag op staande voet hoort, daarop niet

139 HR 21 januari 2000, NJ 2000, 190.

140 Zie Ktr. Utrecht 15 september 2004, JAR 2005/22, waarin de werknemer, na ontdekking van het hem verweten feit op 28 augustus 2003 eerst twee dagen vrij was (29 en 30 augustus) en daarna nog twee dagen van zijn weekend genoot, alvorens hij op 2 september op kantoor werd ontboden voor het geven van tekst en uitleg. Op 2 september volgde ook ontslag. De Kantonrechter was van mening dat dat ontslag onverwijld gegeven was (en dat de werkgever dus niet gehouden was om de werknemer tijdens zijn korte afwezigheid wegens vakantie naar kantoor te roepen).

141 Vzgr. Rb. Amsterdam 21 januari 2010, JAR 2010/56, vide rov. 4.5.; Ktr. 10 januari 2006, Prg. 2006, 47; Ktr. Terneuzen 12 april 2000, Prg. 2000, 5526.

142 *Tot op zekere hoogte*, want men kan zich in gemoede afvragen hoe ontspannen(d) een vakantie nog is, als men vlak daarvoor – zoals de heer Prins in NJ 2000, 190 – geschorst is onder verdenking van een dringende reden.

af te rekenen in de sfeer van de onverwijldheid van het ontslag. Overigens zal de "regel" dat enig uitstel wegens vakantie toelaatbaar is, mijns inziens in ieder geval niet mogen leiden tot meer uitstel dan een "reguliere vakantieperiode" van een week of twee à drie. Gaat een werknemer drie maanden backpacken in Australië en ligt de zaak in de tussentijd stil, dan verdraagt dat uitstel zich naar mijn mening echt niet meer met de gedachte dat een ontslag onverwijld moet worden gegeven.

Wat geldt voor vertraging door vakantie, geldt als men de lagere rechtspraak beziet, ook voor vertraging door "vrijaf" in het weekend. In verschillende uitspraken is met zoveel woorden beslist dat het tijdsverloop dat wordt verklaard door een weekend dat ligt tussen ontdekking van een mogelijke dringende reden en het ontslag, niet aan de onverwijldheid van het ontslag afdoet.[143] Dat lijkt me een in beginsel juiste lijn, al is het maar omdat een korte afkoelingsperiode in het weekend de werkgever vaak de gelegenheid biedt om nog even te reflecteren over de vraag of nu *echt* het zwaarste wapen gehanteerd moet worden, terwijl het tegenovergestelde standpunt zich niet goed zou verdragen met de hiervoor weergegeven benadering die ter zake van vakantie wordt gehanteerd en waaruit spreekt dat de werknemer in beginsel niet zijn vrije tijd behoeft aan te wenden om te worden gehoord.

Een andere verhindering van de werknemer om meteen gehoord te worden, is gelegen in (afwezigheid wegens) ziekte. Ook ten aanzien van de vraag of daarin, zonder de onverwijldheid op het spel te zetten, aanleiding kan worden gezien om het horen van de werknemer uit te stellen, heeft de Hoge Raad zich uitgelaten en wel in een arrest uit 1980.[144] Het ging in die zaak om het ontslag op staande voet van een verkoper van Mercedes-Benz automobielen. De autodealer waar hij in dienst was, meende – in november 1975 – ontdekt te hebben dat de verkoper had gerommeld met het administreren van verkoopcijfers. Kort nadat de werkgever de werknemer om opheldering had gevraagd, meldde deze zich wegens een "zenuwinstorting" ziek. Enige tijd na de ziekmelding, begin december 1975, werd de werkgever nog een additioneel probleem duidelijk, te weten dat door de handelwijze van de werknemer

143 Ktr. Haarlem 30 juni 2006, LJN: AY3286 (feiten stonden op vrijdag vast en werknemer was op die dag gehoord, ontslag volgde op de maandag erop. Ktr.: "Nu onderzoek moest worden verricht en er sprake was van een weekend is, naar het voorlopige oordeel van de kantonrechter, met de brief van 24 april 2006 aan het vereiste van onverwijldheid voldaan."); idem: Ktr. Utrecht 15 september 2004, JAR 2004/22 (rov. 3.4); idem Ktr. Middelburg 7 april 2003, JAR 2003/119 (rov. 5.3); Ktr. Deventer 27 december 2007, Prg. 2008, 57 ("Bij die stand van zaken is (…) het tijdsverloop tussen vrijdag 2 november 2007 (ook al gezien het daarop volgende weekeinde, gedurende hetwelk het naar ervaringsgegevens moeilijk kan zijn om zakelijke relaties te bereiken) tot donderdag 8 november 2007 onvoldoende om daaruit te concluderen dat de reden voor het ontslag op staande voet niet onverwijld aan werknemer is meegedeeld."); zie anders – en mijns inziens minder juist – Ktr. Rotterdam 26 juli 2006, LJN: AY5121, inzake het ontslag van een medewerkster van een restaurant met de vrolijke naam De Olijke Oliphant, die op maandag 13 februari 2006 op staande voet was ontslagen omdat zij boos was weggelopen tijdens een klaarblijkelijk wat minder vrolijk gesprek met haar leidinggevende op de daaraan voorafgaande vrijdag. De Kantonrechter overwoog: "Van onverwijldheid is in onderhavige geval geen sprake nu de leidinggevende van eiseres pas op maandag 13 februari 2006 telefonisch het ontslag aan eiseres heeft medegedeeld, terwijl zij op vrijdag 10 februari 2006 bij het gesprek aanwezig was. Indien gedaagde daadwerkelijk direct de mening was toegedaan dat eiseres haar een dringende reden gaf tot ontslag op staande voet, dan had zij dit op vrijdag 10 februari 2006 reeds kunnen en moeten meedelen, telefonisch dan wel schriftelijk als mondeling niet (meer) mogelijk was. Zij heeft echter op die vrijdagmiddag alleen geprobeerd een nieuwe afspraak te maken voor een gesprek."

144 HR 4 januari 1980, NJ 1981, 396. Zie eerder al Rb. Den Haag 31 oktober 1975, Prg. 1977, nr. 1174.

ook de relatie met de importeur op losse schroeven was komen te staan. De werkgever ging daarover niet direct het gesprek aan met de werknemer, maar wachtte daarmee tot diens terugkeer naar het werk op 8 maart 1976. Op diezelfde dag volgde ook het ontslag. De Rechtbank achtte het ontslag niet onverwijld gegeven omdat het "gezien de omstandigheden van het geval op de weg van de werkgeefster had gelegen om de werknemer reeds eerder te confronteren met de opgekomen reden en hem op die grond – indien al geldig – ook eerder dat ontslag te verlenen." In cassatie werd door de werkgever aangevoerd dat zolang de werknemer door ziekte verhinderd was zich te rechtvaardigen, met ontslag en confrontatie moest worden gewacht totdat de werknemer van zijn ziekte voldoende zou zijn hersteld om zich te kunnen verantwoorden. Deze klacht faalde bij gebrek aan feitelijke grondslag, omdat daarmee werd miskend wat de appelrechter beslist had. De Hoge Raad besliste dat in het oordeel van de Rechtbank nu juist besloten lag dat het horen eerder had kunnen – en moeten – gebeuren en dat de ziekte van de werknemer daar naar het oordeel van de Rechtbank niet aan afdeed. Dat de Rechtbank had beslist dat de ziekte niet aan het horen in de weg stond, las de Hoge Raad "in" in de verwijzing van de Rechtbank naar de omstandigheden van het geval. Die benadering van de Rechtbank getuigde, wat de Hoge Raad betreft, zo bezien niet van een onjuiste rechtsopvatting.

Ik leid uit het arrest af, dat de Hoge Raad van mening is, dat het uitstellen van het horen van een werknemer in verband met diens ziekte zich met de onverwijldheid van het ontslag verdraagt indien en voor zover die ziekte hem redelijkerwijs verhindert gehoord te worden. Die gedachte vindt ook steun in lagere rechtspraak. Verwezen zij in dit verband in het bijzonder naar een arrest van het Gerechtshof te Leeuwarden uit 2005, waarin – mede in verband met de ziekte van de werknemer – een betrekkelijk ruime periode voor hoor en wederhoor toelaatbaar werd geacht.[145] Ik acht de genuanceerde benadering waarvoor de Hoge Raad in 1980 heeft gekozen, juist. In de eerste plaats lijkt het standpunt dat een werkgever steeds zou moeten wachten met het horen van de werknemer totdat deze is hersteld, niet goed verenigbaar met de wettelijke regeling dat een ontslag op staande voet ook tijdens ziekte van een werknemer gegeven kan worden.[146] Is er een dringende reden, dan breekt die dwars door de ontslagbescherming tijdens ziekte heen.[147] Daar komt nog bij dat het, zoals ook A.-G. Ten Kate in zijn conclusie voor het hiervoor genoemde arrest uit 1980 opmerkte, maar de vraag is in hoeverre het van goed werkgeverschap zou getuigen, als een werkgever steeds het einde van de ziekte zou (moeten) afwachten, alvorens een werknemer – op de eerste dag dat hij weer op het werk verschijnt – te kunnen horen en ontslaan, zulks zeker als de zieke weet heeft van de

145 Hof Leeuwarden 21 december 2005, LJN: AU8614. Zie ook Ktr. Deventer 27 december 2007, Prg. 2008, 57 (tijdsverloop mede gewettigd nu werknemer die bekend had malversaties te hebben gepleegd de stellige indruk wekte overspannen te zijn, waardoor er aanleiding was het onderzoek extra zorgvuldig te laten zijn). Te streng lijkt daarentegen Ktg. Arnhem 15 februari 1982, Prg. 1983, 1921 die uitstel van het horen in verband met ziekte van de werknemer hoe dan ook ontoelaatbaar lijkt te achten vanuit onverwijldheidsperspectief.

146 Zie art. 7:670b BW; zie ook Ktr. Heerenveen 25 april 2012, RAR 2012/141, rov. 5.3.

147 Zie ook Bijl. Hand. II 1973-1974, 12 403, nr. 6, p. 5 l.k.

tegen hem bestaande verdenking.[148] Dat zwaard van Damocles zal het herstel niet bevorderen. Daarnaast leidt de door de Hoge Raad gekozen benadering ertoe dat aan de werknemer geen stimulans wordt gegeven tot een oneigenlijke ziekmelding. Met een dergelijke ziekmelding koopt de werknemer immers geen tijd meer, wanneer deze hem niet belet te worden gehoord.

Bij deze stand van de rechtspraak doet de werkgever er goed aan om, wanneer hij tijdens ziekte van een werknemer een mogelijke dringende reden ontdekt, of wanneer een werknemer zich ziek heeft gemeld nadat hij is geconfronteerd met het tegen hem gerezen vermoeden, zo spoedig mogelijk een advies te vragen aan zijn bedrijfsarts met betrekking tot de vraag of de werknemer in staat is om te worden gehoord. Bevestigt de geraadpleegde bedrijfsarts dat, dan zal de werknemer per omgaande gehoord moeten worden. Doet de werkgever dat in dat geval niet en wacht hij verder af, dan is het risico groot dat hij de onverwijldheid verspeelt (tenzij er andere omstandigheden – zoals de noodzaak van nader onderzoek, het inwinnen van juridisch advies, etc. – zijn die op dat moment verder uitstel wettigen). Geeft de bedrijfsarts aan dat de werknemer door zijn ziekte voorlopig niet in staat is te worden gehoord en zijn er op dat moment geen andere omstandigheden meer die uitstel van het besluit over het ontslag wettigen, is – anders gezegd – het horen van de werknemer echt de laatste hobbel die nog genomen moet worden, dan moet de werkgever kiezen. Wacht hij niet af, dan neemt hij geen risico op het punt van de onverwijldheid, maar wel op het punt van de dringende reden (hij ontslaat immers zonder weet te hebben van alle omstandigheden). Wacht hij wel af, dan zou hem dat naar mijn mening in de onverwijldheidssfeer niet spoedig tegengeworpen moeten kunnen worden – dat uitstel is dan immers gewettigd door de wens om zorgvuldigheid te betrachten en om met volledige kennis van zaken te ontslaan – maar ziet hij zich wel geconfronteerd met de verplichting om in afwachting van het herstel de werknemer het loon door te betalen. Het zal dan van de omstandigheden van het geval afhangen welke keuze verstandig is. Is sprake van een volstrekt duidelijk en zeer, zeer ernstig feitencomplex en ziet het horen alleen nog maar op de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, dan lijkt het verdedigbaar om maar te ontslaan zonder gehoord te hebben. De kans dat de "niet gehoorde" persoonlijke omstandigheden in dat geval achteraf blijken te kunnen afdoen aan het bestaan van een dringende reden is dan klein, terwijl de werkgever in rechte een deugdelijke verklaring kan geven waarom hij niet heeft gehoord. Hij zag niet af van horen omdat hij niet *wilde* horen, maar omdat hij dat door de ziekte van de werknemer niet *kon* doen – zodat die procedurele *flaw* hem bij de beoordeling of sprake was van een dringende reden niet zwaar valt aan te rekenen.[149] Bovendien kan de werkgever op die manier zijn loondoorbetalingsverplichting op korte termijn doen eindigen. Is het daarentegen zo dat het horen van de werknemer onontkoombaar is om überhaupt inzicht te krijgen in wat er feitelijk is gebeurd, blijft – anders gezegd – zonder de verklaring van de werknemer onzeker of hij iets heeft gedaan of nagelaten dat als

148 In de woorden van de A.-G.: "Het lijkt uit menselijk oogpunt ook niet een verbetering een zieke te laten leven onder de dreiging van een ontslag op staande voet, te geven op de dag dat hij zich weer beter moet melden".

149 Zie over de betekenis van procedurele gebreken bij de beoordeling van de dringende reden hierna onder 4.7.6.7.

dringende reden aangemerkt kan worden, dan zal de werkgever er verstandig aan doen om niet te ontslaan.[150] Tot "onverwijldheidsprobleem" zal uitstel in die setting al helemaal niet mogen leiden.

Tot slot zij opgemerkt dat uit de rechtspraak afgeleid kan worden dat het uitstellen van het horen van de werknemer soms ook nog door andere omstandigheden dan ziekte of vakantie/vrijaf van de werknemer gerechtvaardigd kan zijn. Doen zich plots opgekomen, bijzonder nijpende omstandigheden in de privé-sfeer van de werknemer voor, dan kunnen die niet alleen worden meegewogen bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, maar ook bij de beoordeling van de spoed die de werkgever in het kader van de onverwijldheid moet betrachten. Verwezen zij in dit verband naar een uitspraak van de Kantonrechter Dordrecht uit 2010 waarin – onder meer – de vraag speelde of een ontslag op staande voet nog wel onverwijld was gegeven nu de werkgever het horen van de werknemer een week had uitgesteld in verband met het overlijden van de vader van de werknemer.[151] De Kantonrechter kon weinig sympathie opbrengen voor het standpunt van de werknemer, die betoogde dat de werkgever met dat gebaar de onverwijldheid had verspeeld. Hij besliste op dit punt als volgt: "Door vervolgens uit piëteit voor het overlijden van de vader van [eiser] in deze periode het hoor en wederhoor gesprek te verzetten kan niet worden gezegd dat Fair Play (de werkgever, toevoeging SFS) niet meer voortvarend heeft gehandeld. Het betrof immers een zware beschuldiging die eerst door het nakijken van de camerabeelden kon worden vastgesteld en waarbij het horen van de werknemer uit oogpunt van zorgvuldigheid in de rede lag." Een juiste benadering zo lijkt me – en volstrekt in lijn met het *GTM-arrest*, dat "ademt" dat zorgvuldigheid belangrijker is dan (over)haastige spoed.

2.5.8 De werknemer die afziet van hoor en wederhoor

Wat als geen sprake is van vakantie, hoor en wederhoor daadwerkelijk verhinderende ziekte en zich overigens ook geen bijzondere nijpende persoonlijke omstandigheden voordoen aan de zijde van de werknemer die hem beletten om te worden gehoord, maar de werknemer gewoon weigert om gebruik te maken van de mogelijkheid om gehoord te worden, of niet komt opdagen op het opgegeven tijdstip? Ook dát komt in de praktijk met enige regelmaat voor, hetgeen het opwerpen van die vraag op deze plaats rechtvaardigt.

Ik zou menen dat de werkgever dan, juist gelet op het grote en onomstreden belang van het beginsel van hoor en wederhoor alsmede van het evenzeer grote belang van een zorgvuldige besluitvorming omtrent de dringende reden – waarbij het kennen van de persoonlijke omstandigheden van de werknemer ingevolge de

150 Zie ik het goed, dan zit A.-G. Ten Kate in zijn conclusie voor het arrest van 4 januari 1980 op een wat strengere lijn: "(…) meen ik dat het enkele feit dat de werknemer ziek is – welke ziekte lang kan duren (…) maar ook kort kan zijn –, in het algemeen geen excuus voor de werkgever oplevert het voorgenomen ontslag op staande voet tot de dag van terugmelding uit te stellen (…). Dit kan echter anders liggen, indien de ontslagreden nog niet vast mocht staan, het althans nodig is over de ontdekte feiten de werknemer te horen. Voor de beslissing of zo'n geval voorligt, zal m.i. veel afhangen van de feiten en omstandigheden van het geval, zoals de ernst en de aard van de ziekte, de aard van de feiten, de te dien aanzien bestaande onzekerheid, enz.".

151 Ktr. Dordrecht 21 oktober 2010, LJN: BO1645.

rechtspraak van de Hoge Raad sedert 1999 van groot gewicht is –, de vrijheid moet hebben om de werknemer nog een keer, zij het op zeer korte termijn, op te roepen om alsnog gehoord te worden, zonder daardoor tegen een succesvol "onverwijldheidsverweer" aan te lopen. Weigert de werknemer dan nogmaals – waarmee dus sprake is van een "hardnekkig weigeren" – dan zal de werkgever, bijzondere omstandigheden daargelaten, in toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor geen reden meer kunnen zien voor verder uitstel.[152] Hij zal dan zijn positie moeten bepalen, zonder de werknemer gehoord te hebben.

> Terzijde zij hier overigens nog opgemerkt, dat mijns inziens goed verdedigbaar is dat een werknemer die in het kader van een onderzoek naar een dringende reden die hij mogelijk aan zijn werkgever heeft gegeven, weigert om daarover te worden gehoord, daarmee in beginsel handelt in strijd met het beginsel van art. 7:611 BW en zijn werkgever daarmee zelfs een additionele (dringende) reden voor ontslag kan geven. Zoals hiervoor is aangegeven, volgt het recht van de werkgever om onderzoek te doen naar mogelijke misstanden binnen zijn organisatie uit de artt. 7:660 en 7:611 BW. Dat recht van de werkgever heeft een keerzijde in de plicht van de werknemer om, als goed werknemer, binnen redelijke grenzen aan een dergelijk onderzoek medewerking te verlenen. Net als een werknemer op grond van art. 7:611 BW een recht op informatie kan doen gelden en de werkgever dus de daarmee gepaard gaande plicht heeft om die informatie te verstrekken – zie hiervoor onder 2.5.2 – zo zal een dergelijke informatieplicht ook op de werknemer rusten. Dat die medewerkingsplicht niet onbeperkt en absoluut is volgt alleen al uit de wetsbepalingen waarop deze steunt. Een bevoegdheid die steunt op art. 7:611 BW kan naar zijn aard slechts worden gehanteerd voor zover de redelijkheid en billijkheid dat toestaan. Art. 7:660 BW verplicht de werknemer om zich te houden aan voorschriften van de werkgever hem (onder meer) "binnen de grenzen van algemeen verbindende voorschriften" gegeven. Dat betekent dat de uitoefening van het directierecht ook onderhevig is aan algemeen verbindende voorschriften waarin de redelijkheid en billijkheid zijn verankerd, zoals art. 6:248 BW en – meer in het bijzonder – art. 7:611 BW.[153] Een en ander betekent bijvoorbeeld dat wanneer een onderzoek van de werkgever een te ver gaande, want disproportionele, inbreuk maakt op – bijvoorbeeld – een grondrecht van de werknemer, geen sprake zal zijn van gehoudenheid van de werknemer om daaraan zijn medewerking te verlenen. Op de verhouding tussen de onderzoeksbevoegdheid van de werkgever enerzijds en grondrechten van de werknemer anderzijds wordt hierna onder 2.5.10 ingegaan voor zover zulks van belang is voor de beoordeling van de onverwijldheidseis. Medewerking zal ook geweigerd kunnen worden, wanneer het onderzoek anderszins onzorgvuldig is, bijvoorbeeld omdat de werknemer onder druk wordt gezet, of wordt bedreigd.
>
> Weigert een werknemer om zijn medewerking te verlenen aan een onderzoek, voor zover dat zich beweegt binnen de zojuist genoemde redelijkheidsgrenzen, bijvoorbeeld door geen gehoor te geven aan een oproep om gehoord te worden, dan zal hem slecht werknemerschap verweten kunnen worden. Dit standpunt vindt onder meer bevestiging in een uitspraak van

152 Deze situatie moet overigens wel onderscheiden worden van het geval waarin de werknemer zich wel laat horen en daardoor nieuwe vraagpunten opkomen, die aan de werknemer voorgelegd moeten worden, waardoor het nodig is om herhaaldelijk te horen. Zie voor een voorbeeld Hof Leeuwarden 21 december 2005, LJN: AU8614.

153 Vide W.A. Zondag, Gezagsuitoefening in relatie tot het directierecht en de bevoegdheid tot het opleggen van disciplinaire maatregelen; in: C.J. Loonstra e.a., De werkgever in beweging, Den Haag, 2009, p. 24.

de Kantonrechter Delft uit 2007, die overwoog dat een werknemer "in redelijkheid uit hoofde van goed werknemerschap zijn medewerking aan het onderzoek van Hoffmann (bedrijfsrecherche, toevoeging SFS) diende te verlenen, hetgeen hij ten onrechte heeft geweigerd."[154] In een uitspraak van de Kantonrechter Breda uit 2008 werd in vergelijkbare zin geoordeeld. In die zaak had een werknemer van Holland Casino, die werd verdacht van samenspel met een gast, geweigerd om constructief mee te werken aan een onderzoek naar die verdenking, door tijdens het onderzoek een leugenachtige verklaring af te leggen. Holland Casino ontsloeg de werknemer onder meer om die reden en de Kantonrechter besliste dat dat ontslag, naar zijn voorlopig oordeel, alleen al op die grond stand hield. Van de medewerker mocht, gelet op het grote belang van het casino bij opheldering, constructieve medewerking worden verwacht.[155] In deze rechtspraak wordt dus aangenomen dat de werknemer zich, tijdens een onderzoek naar zijn betrokkenheid bij mogelijke misstanden, in beginsel niet op een "zwijgrecht" kan beroepen, zoals dat bij een strafrechtelijke vervolging wel het geval is. Dat komt mij juist voor. Terwijl in het strafrecht een zwijgrecht geldt, kan in arbeidsrechtelijke verhoudingen een spreekplicht bestaan.[156]

2.5.9 Vertraging in het onderzoek door oorzaken aan de zijde van de werkgever

Waar vakantie en, afhankelijk van de aard en ernst daarvan, ook ziekte, aan de zijde van de werknemer – naar hiervoor is beschreven – omstandigheden vormen die in het algemeen een zeker uitstel van het horen rechtvaardigen (zonder dat zulks de onverwijldheid van het te geven ontslag in gevaar brengt), zullen zich dergelijke omstandigheden aan werkgeverszijde beduidend minder snel voordoen. Zo besliste de Kantonrechter Amsterdam in een uitspraak uit 2000 dat het feit dat een intern onderzoek naar mogelijke diefstal twee weken was blijven liggen doordat de directeur het horen zelf wilde verrichten en was verhinderd in verband met het feit dat hij in het ziekenhuis was opgenomen, "binnen de risicosfeer" van de werkgeefster lag en dat het ontslag om die reden niet onverwijld was gegeven.[157] Die benadering lijkt mij – zeker voor een grotere werkgever – niet onjuist. Daarvan zal verwacht mogen worden dat hij zijn bedrijfs- en managementprocessen zo heeft ingericht dat tijdens ziekte of vakantie voor waarneming is gezorgd. Zulks zal ook gelden op een terrein als dit, het onderzoek naar een mogelijke dringende reden. Bovendien heeft de werkgever de mogelijkheid om, als hij zelf verhinderd is, een onderzoek extern uit te besteden, waarover hierna meer. Alleen al om die reden zullen verhinderingen als vakantie en/of ziekte aan de zijde van de onderzoekende werkgever niet snel wettigen dat het horen van de werknemer, of andere noodzakelijke stappen in het onderzoeksproces, worden aangehouden.[158] Dat kan

154 Zie Ktr. Delft 11 oktober 2007, RAR 2008/12 (vide rov. 3.8).
155 Ktr. Breda 25 juli 2008, JAR 2008/246. Zie ook: Vzgr. Rb. Breda 10 augustus 2012, LJN: BX4066.
156 Zie daarover nader J. Oster, Het zwijgrecht en de meldplicht van de werknemer, SR 2008/10. Zie over een actieve meldplicht van de werknemer bij interne misstanden ook: S.F. Sagel en J.N. Stamhuis, Persoonlijke boetes en clementieverzoeken van werknemers – het arbeidsrecht als spelbreker voor de NMa?, Sociaal Recht 2008/1, p. 12-19; S.F. Sagel en J.N. Stamhuis, Steekt het arbeidsrecht een stokje voor clementieverzoeken van werknemers bij de NMa?, AM 2008, p. 9. Zie ook Ktr. Amsterdam 22 mei 2012, LJN: BW6781, RAR 2012/118.
157 Ktr. Amsterdam 22 maart 2000, JAR 2000/154, rov. 7.
158 Ktr. Heerenveen 16 november 2011, LJN: BU5004; vertraging door vakantie van werkgever leidt tot strijd met onverwijldheidseis, vakantie komt voor eigen rekening en risico van werkgever (rov. 4.3.4).

echter – in uitzonderingsgevallen – weer anders liggen, wanneer sprake is van een kleine werkgever/eenmanszaak die zijn taken – bijvoorbeeld bij een daadwerkelijke verhindering door ziekte – niet kan overdragen en die de middelen ontbeert om een extern onderzoeksbureau in te huren. In dergelijke verhoudingen kan een afwijking van de zojuist genoemde hoofdregel aangenomen worden.

2.5.10 De relatie tussen grondrechten van de werknemer in de onderzoeksfase en de eis van onverwijld ontslag

De voortvarendheid waarmee een werkgever onderzoek kan doen naar een vermoeden van een dringende reden zal voorts beïnvloed kunnen worden door de werking van grondrechten van de werknemer, waaronder met name zijn recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, als verankerd in – onder meer – art. 8 EVRM. Onderzoeksmethodes als het afluisteren van telefoongesprekken, het volgen van werknemers om hun dagelijkse gangen in kaart te brengen, het lezen van (privé-) e-mailberichten, en het maken van (geheime) filmopnames, vormen allemaal in meer of mindere mate een inbreuk op het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer door de werkgever. Maar er zijn ook minder "voor de hand liggende" grondrechten die geraakt kunnen worden door een onderzoek, zoals, bijvoorbeeld, de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van meningsuiting. Men denke aan het geval dat een werknemer wordt uitgenodigd om te worden gehoord op een dag die voor hem een religieuze betekenis heeft, of aan de opdracht om hetgeen tijdens het onderzoek wordt besproken (vooreerst) geheim te houden. In de lagere rechtspraak is reeds geruime tijd aanvaard dat grondrechten als zojuist genoemd, van betekenis zijn bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van onderzoek en dat leidt er met enige regelmaat toe dat opsporingsmethodes ontoelaatbaar worden geacht. Zo kregen werkgevers die het huisvuil van een medewerker lieten doorzoeken, of contact opnamen met een ziekenhuis om medische informatie los te peuteren over een werknemer, van de rechter te horen dat daarmee een ontoelaatbare inbreuk op het recht op privacy was gemaakt.[159] Uit de rechtspraak blijkt voorts dat de werknemer ook op het werk zelf een zekere privacy-verwachting mag koesteren.[160] Dat is in lijn met rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waarin is aangenomen dat art. 8 EVRM zich ook kan uitstrekken tot de werkplek, zeker wanneer de werkgever een *reasonable expectation of privacy* creëert door niet te waarschuwen dat bepaalde controlemechanismes worden toegepast.[161] Ook de Hoge Raad heeft de gedachte omarmd dat grondrechten in de horizontale relatie tussen

159 Ktr. Rotterdam 19 december 1997, Prg. 1998, 4946 (snuffelen in vuilniszakken van werknemer niet toelaatbare inbreuk op bescherming van persoonlijke levenssfeer); Ktr Lelystad 3 oktober 2001, JAR 2001/226 (werknemer laten schaduwen bij bezoek aan huisarts, contact opnemen met ziekenhuis om gegevens over werknemer los te peuteren in strijd met recht op privacy).

160 Ktr. Haarlem 16 juli 2000, JAR 2000/170 (Kantonrechter is van mening dat er sprake is van een zekere privétisering van de werksfeer, waardoor werknemer ook op het werk privé-contacten mag onderhouden. Werkgever behoort die in beginsel te respecteren en zich daar buiten te houden); G.-J. Zwenne, WBP Evaluatie: knelpunten met betrekking tot de WBP en privacy op de werkplek, in: A. van Halem (red.), Privacy op de werkplek, Den Haag 2009, p. 27 e.v.

161 Zie EHRM 25 juni 1997, NJ 1998, 506 en EHRM 3 april 2007, JAR 2007/233. Zie daarover o.a. M.S.A. Vegter, JAR Verklaard 2007/7, p. 4/5.

werkgever en werknemer een rol spelen, daaronder uitdrukkelijk ook begrepen binnen het kader van de opsporingsbevoegdheid van de werkgever naar mogelijk wangedrag. Zulks volgt zowel uit het hiervoor reeds in ander verband aangehaalde arrest uit 2001 in de zaak rond *Wennekes Lederwaren*, als uit het wellicht nog geruchtmakender arrest van 14 april 2007 in de zogeheten *Hyatt-zaak.*[162] In het eerstgenoemde arrest diende de Hoge Raad zich ook te buigen over de vraag of videoopnamen die heimelijk waren gemaakt in het kader van een onderzoek naar mogelijke fraude wegens strijd met art. 8 EVRM als onrechtmatig verkregen beschouwd moesten worden. De Rechtbank had die vraag ontkennend beantwoord en de Hoge Raad hield dat oordeel overeind. Hij besliste daartoe dat, nu enerzijds de werkgever een gerechtvaardigd belang had door middel van een videocamera opnamen te maken, terwijl anderzijds de opnamen slechts gedragingen van het personeel bij de kassa betroffen, moest worden aangenomen dat het bewijsmateriaal toch gebruikt mocht worden, ook indien aldus een inbreuk op het privé-leven van de werkneemster *zou zijn* gemaakt. Hoewel de Hoge Raad met het gebruik van de woorden "zou zijn" in feite in het midden liet of de videoopname een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer opleverde, lag in zijn beslissing besloten dat art. 8 EVRM wel toepassing vindt in de horizontale relatie tussen werkgever en werknemer. Zou dat anders zijn geweest, dan had de Hoge Raad de betreffende cassatieklacht immers reeds daarop kunnen afdoen dat art. 8 EVRM geen gelding heeft in die relatie, in welk geval de klacht zou hebben moeten falen omdat hij gebaseerd was op een onjuiste rechtsopvatting. Dat art. 8 EVRM inderdaad ook toepassing vindt in de horizontale relatie tussen werkgever en werknemer werd vervolgens uitdrukkelijk bevestigd in het op 14 september 2007 gewezen *Hyatt-arrest*, waarin de Hoge Raad – (te) kort gezegd – had te oordelen over het ontslag van een serveerster in het Arubaanse Hyatt hotel in verband met het feit dat zij onder werktijd en in strijd met de ter zake gestelde strenge regels, positief testte op het gebruik van cocaïne. Zoals Verhulp in zijn annotatie onder het arrest in de NJ opmerkt, ligt het grote belang van het arrest vooral daarin dat de Hoge Raad daarin voor het eerst uiteenzette welk toetsingskader moet worden gehanteerd bij de beoordeling of een inbreuk door de werkgever op het in art. 8 EVRM verankerde grondrecht van de werknemer geoorloofd is. Dat toetsingskader komt overeen met de benadering die door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt gehanteerd bij de beoordeling of een inbreuk op de in het EVRM verankerde grondrechten toelaatbaar is.[163] Onderzocht moet worden of (i) de inbreuk een legitiem doel dient, (ii) de inbreuk geschikt is om dat doel te bereiken, (iii) de inbreuk proportioneel is in verhouding tot het beoogde doel en of (iv) wellicht met een minder ingrijpende maatregel had kunnen worden volstaan (het subsidiariteitsvereiste). Alleen als de eerste drie vragen met ja en de laatste met nee worden beantwoord, is de inbreuk objectief gerechtvaardigd.

---

162 Zie HR 27 april 2001, NJ 2001, 476 en HR 14 september 2007, NJ 2008, 334 en JAR 2007/250. Zie over het arrest van 27 april 2001 onder meer D.J. Rutgers en H.H. de Vries, De Hoge Raad en cameratoezicht op de werkvloer, ArbeidsRecht 2001, 50.

163 Zie in die zin ook: E. Verhulp, De impact van grondrechten van de werknemer op de bevelsbevoegdheid van de werkgever, in: C.J. Loonstra e.a., De werkgever in beweging, Den Haag, 2009, p. 49.

Over het arrest in de *Hyatt-zaak* is veel geschreven en daarbij is met name stilgestaan bij de vraag wat dat arrest betekent voor de vraag of handelingen in de privé-sfeer een dringende reden voor ontslag kunnen opleveren. Maar de betekenis van het arrest strekt zich, gelet op de algemene bewoordingen waarin de Hoge Raad zich daarin heeft uitgelaten over de betekenis van art. 8 EVRM in de verhouding tussen werkgever en werknemer, veel verder uit. Het geformuleerde toetsingskader ziet op elke inbreuk door de werkgever op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer; en – zo zou ik menen – ruimer nog: op elke inbreuk door een werkgever op een grondrecht van de werknemer. Dat betekent dat dat toetsingskader ook van belang is bij de beoordeling van de wijze waarop de werkgever die zich geconfronteerd ziet met een vermoeden van een dringende reden, daarnaar onderzoek mag doen. Voor zover dat onderzoek een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer vergt – en dat zal bij sommige "opsporingsactiviteiten" zonder meer het geval zijn – zal de werkgever de hiervoor genoemde vierledige checklist moeten afwerken, om te onderzoeken of die activiteiten toelaatbaar zijn.[164]

Hoe verhoudt zich dit alles nu tot de onverwijldheidseis? Ik zou menen dat er sprake is van een *wederzijdse* beïnvloeding tussen enerzijds de onverwijldheidseis en anderzijds het antwoord op de vraag of een bepaalde onderzoeksmethode die een inbreuk oplevert op enig grondrecht van de werknemer, objectief te rechtvaardigen is. Dat valt als volgt toe te lichten. Aan de ene kant zal het belang van voortvarendheid in het onderzoek naar een bepaalde misstand een belangrijke rol spelen in de afweging of daartoe een inbreuk gerechtvaardigd is op een grondrecht van de werknemer. De onverwijldheidseis kan, anders gezegd, worden ingepast in het zojuist beschreven toetsingskader. De belangen van een werkgever (i) om een mogelijke misstand *snel* uit te zoeken en, indien nodig, te kunnen beëindigen, maar ook (ii) het belang om de daarvoor verantwoordelijke werknemer(s) zo spoedig (en goedkoop) mogelijk – en dus: op staande voet – te kunnen ontslaan, hetgeen gelet op het bepaalde in art. 7:677 BW impliceert dat *onverwijld* moet worden geopereerd, kunnen naar mijn mening zonder meer als legitieme doelen worden aangemerkt.[165] Anders gezegd: de onverwijldheidseis kan worden gebruikt om te dienen als legitiem doel voor een voortvarende opsporingsmethode. Is vervolgens gebleken dat de onderzoeksmethode ook geschikt is om het bewuste doel – te weten: het snel verifiëren van de gegrondheid van het vermoeden dat zich een dringende reden voordoet teneinde de werknemer onverwijld te kunnen ontslaan – te bereiken, dan komt vervolgens de

164 Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin de rechter dat schema nauwkeurig toepaste bij de beantwoording van de vraag of sprake was van een ontoelaatbare inbreuk op art. 8 EVRM doordat een werknemer geobserveerd was (en daarvan ook opnames waren gemaakt) om te controleren of een werknemer terecht het standpunt innam dat zij het bed moest houden, alhans niet in staat was om re-integratiegesprekken te voeren: Rb. Amsterdam 8 augustus 2007, RAR 2007/163. Met name uit rov. 4.4. blijkt dat de Rechtbank het juiste toetsingskader voor ogen staat. Zie voor andere voorbeelden waarin de inbreuk op het recht op privacy toelaatbaar werd geacht onder meer: Ktr. Schiedam 8 juli 1997, JAR 1997/189 (cameratoezicht, afweging van recht op privacy tegen belang waarheidsvinding bij diefstal uit kluisjes. Waarheidsvinding weegt in casu zwaarder); Ktr. Alkmaar 27 juni 2002, Prg. 2002, 5893 (onderzoeksbelang kan lezen email werknemer rechtvaardigen bij concrete verdenking, maatregel moet wel proportioneel zijn).

165 Zie in dit verband Ktr. Leiden 2 juni 2010, RAR 2010/168 (werkgever heeft gerechtvaardigd belang bij camera- en observatieonderzoek teneinde op zo kort mogelijke termijn de oorzaak van voorraadverschillen vast te stellen en verdere schade te voorkomen).

vraag op of aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit is voldaan. In het kader van de proportionaliteitstoets moet onderzocht worden of de gemaakte inbreuk wel in verhouding staat tot het doel van snelle opheldering (eventueel gevolgd door onverwijld ontslag) dat daarmee wordt beoogd.[166] Is dat niet zo, dan dient de conclusie te luiden dat het opsporingsmiddel niet toelaatbaar is. Is dat wel zo, dan moet tot slot worden bezien of datzelfde doel niet ook met een minder ingrijpend middel had kunnen worden bereikt. In het kader van de subsidiariteitstoets zal de onverwijldheidseis weer een rol spelen in die zin dat als er een minder inbreuk makende, iets tragere opsporingsmethode is die nog wel tot onverwijld ontslag kan leiden, het aangewezen zal zijn om die methode te hanteren. Onder die omstandigheden kiezen voor de nog snellere (maar ingrijpender) methode leidt dan tot een niet te rechtvaardigen inbreuk.

Aan de andere kant zal de zojuist beschreven grondrechtelijke afweging ook weer invloed hebben op de beoordeling of is voldaan aan de onverwijldheidseis. Als een werkgever kan aantonen dat hij heeft volstaan met een onderzoek waarbij de meest effectieve maatregelen (lees: de maatregelen waarmee het snelst opheldering verschaft kon worden) niet zijn gebruikt, omdat de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit meebrachten dat daarvan moest worden afgezien, dan zal de werkgever niet om die reden tegengeworpen behoren te krijgen dat hij niet onverwijld heeft gehandeld in het kader van het door hem uitgevoerde onderzoek. De werkgever heeft dan immers binnen de grenzen van de zorgvuldigheid gehandeld door het snellere opsporingsinstrument niet in te zetten en van werknemerszijde behoort dan niet het verweer gevoerd te kunnen worden dat de werkgever niet onverwijld heeft

166 Uit het Hyatt-arrest valt af te leiden dat de Hoge Raad een concrete invulling van de proportionaliteitstoets voorstaat in die zin dat het daarbij aankomt op een belangenafweging tussen enerzijds het concrete belang van de werkgever bij de inbreuk enerzijds en anderzijds het concrete gebruik dat de werknemer van het hem toekomende grondrecht maakt. De Hoge Raad woog het belang van het Hyatt hotel bij behoud van haar goede naam niet af tegen het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer *as such* of *in abstracto*, als wel tegen het concrete gebruik dat in casu van dat recht werd gemaakt, te weten teneinde in de vrije tijd cocaine te kunnen gebruiken en dat voor de werkgever verborgen te houden. Hij overwoog immers ter zake als volgt: "3.4.4 Voorts getuigt het niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk dat bij afweging van het belang van [verzoekster] in haar vrije tijd cocaïne te kunnen gebruiken (en te voorkomen dat Hyatt daarvan op de hoogte raakt) tegenover het belang van Hyatt bij het behoud van haar goede naam en aantrekkelijkheid voor haar gasten dat het hof meer gewicht heeft toegekend aan het belang van Hyatt dan aan dat van [verzoekster]". Zie hierover ook: S.F. Sagel, Obesitas, een nieuwe vette kluif voor het arbeidsrecht, ArbeidsRecht 2010, 2. Het is met name deze concrete proportionaliteitsbenadering die de Hoge Raad op een reprimande is komen te staan van Roozendaal die het arrest – mede om die reden – "schokkend" noemt. Zie ik het goed, dan is zij – overigens: evenals Verhulp – van mening dat de belangenafweging er een zou moeten zijn tussen het belang van de werkgever bij behoud van zijn goede naam enerzijds en anderzijds het recht van de werkneemster om gevrijwaard te blijven van gedragsregulering in haar vrije tijd. Vgl. W.L. Roozendaal, Het grondrecht op snuiven, of de grenzen van de gezagsbevoegdheid, ArA 2008/1, p. 68, alsmede Verhulp in zijn noot in de NJ. Het arrest van de Hoge Raad heeft overigens niet alleen maar kritiek te verduren gekregen. Instemming valt te vinden bij onder meer Zondag, JIN 2007/626 en Heerma van Voss en Van Slooten, Kroniek van het Sociaal Recht, NJB 2008, p. 969 e.v. die er – naar mijn mening: geheel terecht – op wijzen dat men zich kan afvragen of een werkgever, van wie door wetgever en rechter in toenemende mate wordt verwacht dat hij rekening houdt met allerlei privé-belangen van de werknemer, niet ook op zijn beurt van zijn werknemers mag verwachten dat zij in hun privé-leven rekening houden met de belangen van de werkgever, ook als dat tot op zekere hoogte een inmenging in hun privé-leven impliceert.

gehandeld omdat hij maar had moeten kiezen voor een opsporingsmethode die een ongeoorloofde inbreuk had gemaakt op een grondrecht van die werknemer (omdat het onderzoek dan sneller zou zijn afgerond). De werkgever behoort, anders gezegd, ook op dit punt de zorgvuldigheid van zijn handelwijze niet tegengeworpen te krijgen.

In het verlengde daarvan zou ik menen dat een werkgever die heeft afgezien van een bepaalde opsporingsmethode omdat hij twijfel koesterde over de toelaatbaarheid daarvan, ook niet te snel (door de werknemer en door de rechter) tegengeworpen zou moeten kunnen krijgen, dat hij die methode best had *kunnen* toepassen omdat deze – gelet op het zojuist genoemde toetsingskader – nog (net) wel toelaatbaar geacht kan worden. Aan de werkgever die kiest voor terughoudendheid behoort ook in dit verband een vrij ruime *margin of appreciation* te worden gelaten; zulks in de eerste plaats omdat een voorspelling over de uitkomst van de hiervoor genoemde afweging welke opsporingsmethodes nog net wel en welke net niet toelaatbaar zijn, vooraf lastig te maken is, zodat een werkgever die ervoor kiest aan de zogeheten *safe side* te gaan zitten, daarmee alleen maar bewijst zorgvuldig te zijn.[167] Die zorgvuldigheid behoort beloond te worden door enige rek in de onverwijldheid.

2.5.11 Extern onderzoek in opdracht van de werkgever; een onverwijldheidsrisico of een onverwijldheidsgarantie?

Een werkgever kan, in plaats van zelf te onderzoeken of een vermoeden van een dringende reden juist is, daartoe ook opdracht geven aan een externe onderzoeker, zoals een forensisch accountant, een particulier recherchebureau, of zelfs een advocatenkantoor.[168]

In het – zelfs tamelijke recente – verleden zijn wel eens kritische noten gekraakt over de inzet door werkgevers van externe onderzoeksbureaus.[169] Zowel in de

167 Het ultieme voorbeeld hoe verschillend gedacht kan worden over de hier bedoelde afwegingen is voor mij nog steeds het navolgende voorbeeld: zeer kort nadat de Hoge Raad op 14 september 2007 arrest wees in de hiervoor genoemde *Hyatt-zaak*, legde ik die casus tijdens een lezing voor aan een groep van zo'n 70 arbeidsrechtspecialisten van de Vereniging van Rotterdamse Arbeidsrechtadvocaten. *Niemand* van dat gezelschap dacht dat het aan de werkneemster gegeven ontslag op staande voet in rechte stand zou houden, omdat men unaniem van mening was dat sprake was van een ontoelaatbare inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Groot was dan ook de verbazing toen men hoorde dat het hotel zowel in eerste aanleg, als in appel, als in cassatie aan het langste einde had getrokken. Zie daarover ook: E. Jorritsma, Gedrag in vrije tijd telt vaker mee bij ontslag, NRC Handelsblad 12 oktober 2007, een bijdrage die zijn belang overigens voornamelijk ontleent aan het feit dat daaruit valt af te leiden dat Verhulp van mening is dat een dominee die in zijn vrije tijd een prostituee bezoekt, om die reden mag worden ontslagen.

168 Sommige (grote) advocatenkantoren beschikken sinds enige jaren ook over advocaten die zich specialiseren in het doen van opsporingsonderzoek bij cliënten.

169 Zie in dat verband A.D. Putker-Blees, Onderzoek naar mogelijk wangedrag van de werknemer: ruimte en grenzen, ArbeidsRecht 2010, 44. Putker-Blees merkt op dat voor de stelling dat het inschakelen van een extern onderzoeksbureau principieel is toegestaan, ook steun kan worden gevonden – zij het impliciet – in het *Wennekes Lederwaren-arrest*. In dat arrest, zo Putker-Blees, liet de Hoge Raad video-opnames van een recherche bureau immers toe als bewijs. Hoewel ik de opvatting van Putker-Blees dat de inzet van een extern onderzoeksbureau toelaatbaar is, deel, geloof ik niet dat het zojuist genoemde arrest daarvoor steun biedt. Of de inzet van een extern bureau toelaatbaar is, was in cassatie namelijk helemaal niet aan de orde.

rechtspraak als in de literatuur is wel betoogd dat een werkgever in beginsel zelf onderzoek moet doen, en dit – behoudens bijzondere omstandigheden – niet mag uitbesteden aan derden. Het meest markante voorbeeld uit die lijn wordt gevormd door een uitspraak van het Gerechtshof Den Bosch uit 1992. Daarin oordeelde dat Hof dat de "bijzondere en ten dele persoonlijke aard van de arbeidsovereenkomst, waarin een zeker onderling vertrouwen een element is waarop beide partijen moeten kunnen rekenen" in beginsel meebrengt dat een werkgever *zelf* onderzoek moet doen naar een eventuele misstand. Het lijkt, zo voegt het Hof daaraan nog toe, in de rede te liggen dat bij normale verhoudingen zo een onderzoek begint met een gesprek met de werknemer zelf. Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden, bij *ernstige verdenkingen* van *ernstige overtredingen* is een extern onderzoek buiten de betrokkene om te rechtvaardigen.[170] Ik geloof niet dat die opvatting juist is. Het is in de eerste plaats een onbillijke benadering, omdat kleine en middelgrote ondernemingen daardoor ernstig benadeeld worden. De meeste echt grote ondernemingen beschikken over soms zeer *sophisticated* interne opsporingsdiensten, aangeduid als "corporate risk", "security and risk control", "compliance" of iets dergelijks, die vaak worden bemenst met voormalig politiefunctionarissen en die, qua (opsporings)kennis en kunde, voor overheidsopsporingsdiensten niet onderdoen. Met zo een afdeling "in huis" kan een werkgever gemakkelijk voldoen aan de "Bossche" gedachte dat onderzoek door de werkgever "zelf" gedaan zou moeten worden. Maar, zo rijst dan de vraag, hoe zit het met *Wennekes Lederwaren*? Een organisatie van die omvang heeft geen "compliance" afdeling, die met een dergelijk onderzoek belast kan worden. Daar betekent die leer dat de directeur zelf op onderzoek uit zou moeten gaan, zonder enig verstand van zaken op dat terrein en dus met het grote risico dat fouten gemaakt worden. Ook de gedachte dat een dergelijk onderzoek liefst zou moeten beginnen met een gesprek met de werknemer zelf, is – iets onaardig gezegd – niet gespeend van enige naïviteit.[171] De "slechte" werknemer (die inderdaad doet waarvan men hem verdenkt) zal immers ontkennen en zijn handelwijze onmiddellijk staken, waarmee de opsporingsmogelijkheid grotendeels in rook opgaat.

Als "heersende leer" kan de hiervoor beschreven benadering van het Bossche Hof niet aangeduid worden en in een later arrest lijkt het Hof zelf ook een andere, wat mildere, koers te varen.[172]

Zie ik het goed, dan is de heersende leer thans dat het een werkgever in beginsel zonder meer vrijstaat om bij een vermoeden van een dringende reden een externe

170 Hof Den Bosch 2 december 1992, NJ 1993, 327, rov. 4.3.

171 Steun voor die gedachte valt te vinden bij I.J. de Laat, Een beetje integer bestaat niet; over opsporing van niet integer gedrag, AI 2008/2, p. 33.

172 Hof Den Bosch 21 maart 2006, RAR 2006/98. In die zaak was sprake van observatie van een werknemer (in de publieke ruimte) door een recherchebureau, in verband met het vermoeden dat werd gemalverseerd met een tankpas. Het Hof besliste dat aan de inzet van het recherchebureau geen onrechtmatigheid kleeft en dat het voor de hand lag om dat onderzoek te doen op plaatsen waar de werknemer in kwestie tankte.

gespecialiseerde onderzoeker in te schakelen voor het doen van onderzoek.[173] Sterker nog, het inschakelen van een dergelijke derde kan voor de werkgever met het oog op een latere ontslagprocedure grote voordelen hebben boven het zelf doen van onderzoek. Ter Huurne en Van Vliet hebben een aantal voordelen op een rij gezet die – met name – het inschakelen van een forensisch accountant kan hebben boven het zelf verrichten van een onderzoek door een werkgever.[174] Zij wijzen er met juistheid op dat een onderzoek van een forensisch accountant ten opzichte van een door een werkgever zelf uitgevoerd onderzoek vaak een hogere bewijswaarde vertegenwoordigt in een procedure. De specifieke expertise van de accountant maakt, zo Ter Huurne en Van Vliet, dat de rechter vaak veel waarde toekent aan de uitkomsten daarvan. Daarbij komt, zo zou ik menen, dat ook de onafhankelijkheid van de accountant, in combinatie met de tuchtrechtelijke waarborgen voor de kwaliteit van diens optreden, voor de rechter bijdraagt aan de waarde, of wellicht beter: geloofwaardigheid, van de uitkomsten van zijn onderzoek. Uit de rechtspraak blijkt inderdaad dat rechters vaak – mede om de zojuist genoemde redenen – genegen zijn veel gewicht toe te kennen aan de uitkomsten van dat onderzoek. Een mooi voorbeeld daarvan vormt een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam in een affaire rondom woningcorporatie Rochdale. Daarin overwoog de Kantonrechter dat zij geen reden had om te twijfelen aan de bevindingen van de accountant – Deloitte – omdat het daarbij gaat om "een gerenommeerde en onafhankelijke organisatie, die in casu werd gecontroleerd door een monitor commissie."[175] Die benadering staat bepaald niet op zich. Uit mijn eigen praktijk kan ik mij nog een zitting bij de Haagse Kantonrechter herinneren waarin eveneens een beroep werd gedaan op een rapport van een forensisch accountant en de geloofwaardigheid van dat rapport door de advocaat van de wederpartij – hier maar

173 Zie in die zin ook: M. Kremer, De grenzen van private opsporing, Advocatenblad 2002, p. 9, die op basis van een analyse van de rechtspraak constateert "dat het laten verrichten van onderzoek door particuliere onderzoeksbureaus in feite geen zelfstandig punt van discussie meer is; dit is kennelijk een gepasseerd station." Hoe geaccepteerd inschakeling van externe onderzoeksbureaus is, blijkt ook wel uit het feit dat rechters de afgelopen jaren met enige regelmaat bereid zijn geweest om de aan extern onderzoek verbonden kosten voor rekening van de werknemer te laten komen wanneer uit het onderzoek blijkt van ernstige misdragingen: Ktr. Leiden, 2 juni 2010, RAR 2010/168; Rb. Arnhem 25 juli 2007, Prg. 2007,166 en JAR 2007/223; Ktg. Den Haag 24 januari 2006, RAR 2006/91; Ktr. Delft 9 februari 2005 en 7 december 2007, JAR 2008/45 (zie daarover ook de bijzonder kritische annotatie van R.A. Heida, Twijfel aan medische beperkingen: video-observatie en deskundigenbericht, ArbeidsRecht 2008, 37, die van mening is dat een privédetective geen rol zou behoren te spelen bij de beantwoording van de vraag of een werknemer medische klachten veinst). Zie ook: Ktr. Amsterdam 13 juli 2009, JAR 2009/221, waarin werd overwogen dat "Het na gerezen twijfel opdracht geven aan een onderzoeksbureau met de vraag of de werknemer zich in de publieke ruimte gedraagt zoals de werknemer de werkgever voorhoudt en welk onderzoek zich beperkt tot een aantal dagen/dagdelen zonder dat derden daarover worden benaderd, (…) op zichzelf niet in strijd met goed werkgeverschap" is. De kosten voor het onderzoeksbureau bleven in dit geval wel voor rekening van de werkgever, omdat hij het bewijs – naar het oordeel van de kantonrechter – ook vrij eenvoudig zelf had kunnen verzamelen. Dat lijkt mij geen onredelijk standpunt.

174 F.H.A. ter Huurne en J.H.A. van Vliet, Forensisch accountantsonderzoek bij wangedrag van werknemers, ArbeidsRecht 2009, 50.

175 Zie Ktr. Amsterdam 16 maart 2009, JAR 2009/94.

aan te duiden als Mr X – in twijfel werd getrokken. Dat ontlokte de betreffende Kantonrechter ter zitting de verzuchting "Maar Mr X, als ik PwC niet meer kan vertrouwen, wie dan nog wel?" Het geeft wel aan hoe rechters voorshands over de betrouwbaarheid van een dergelijk rapport denken.

Maar dat laat onverlet dat een rapport van een forensisch accountant – laat staan van een ander, met minder waarborgen omgeven onderzoeksbureau – niet moet worden misverstaan als dwingend bewijs, of anderszins als garantie op succes voor de werkgever. Kunnen in een dergelijk rapport fouten worden aangewezen, of kan hard worden gemaakt dat bij de totstandkoming daarvan basale eisen van een goede procedure – zoals het beginsel van hoor en wederhoor – zijn geschonden, dan kan dat er wel degelijk toe leiden dat de rechter de inhoud van het rapport naast zich neerlegt.[176]

In hun bijdrage wijzen Ter Huurne en Van Vliet ook op volgens hen bestaande risico's van het inschakelen van een externe onderzoeker. Een intern onderzoek, zo stellen zij, heeft het voordeel van snelheid. Indien tijd wordt verspeeld kan de werkgever het momentum verliezen om de werknemer op staande voet te ontslaan. Dit werpt de vraag op of een werkgever door de keuze voor extern onderzoek inderdaad een groter onverwijldheidsrisico loopt dan wanneer een onderzoek intern wordt gedaan.

Het is mijn ervaring dat in de praktijk veeleer de gedachte leeft dat een werkgever zich wat betreft de onverwijldheid van een ontslag per definitie geen zorgen behoeft te maken wanneer hij per omgaande ontslaat nadat een door hem ingeschakeld onderzoeksbureau met zijn bevindingen komt. Dat zou dan immers het moment zijn waarop bij de werkgever kennis ontstaat van de feiten en dus de "onverwijldheidsperiode" gaat lopen. Anders gezegd: hoe veel tijd de externe onderzoeker neemt, doet er niet toe, zolang de werkgever maar snel handelt zodra hij kan kennisnemen van diens bevindingen. Ik meen dat die gedachte onjuist is; de veronderstelde zekerheid is een *schijn*zekerheid.

Wanneer bij een werkgever het onder 2.3.4 besproken vermoeden is ontstaan dat sprake is van een dringende reden, waardoor de onverwijldheidsperiode is ingegaan, dan zal hij naar dat vermoeden met voortvarendheid onderzoek moeten doen. Het komt mij voor, dat het dan niet zo kan zijn dat de werkgever zich kan ontslaan van die verplichting door het onderzoek extern uit te besteden. De werkgever mag zich van een "hulppersoon" – zoals een forensisch accountant of een externe bedrijfsrechercheur – bedienen voor het verrichten van dat onderzoek, maar hij is voor diens handelen wel "aansprakelijk" als voor eigen handelen. Dat betekent in de eerste plaats dat een werkgever procedurele onzorgvuldigheden – zoals het verzuimen van basale procedureregels als dat van hoor en wederhoor door de externe onderzoeker – aangerekend kan krijgen, als zou hij die fouten – wanneer het onderzoek *inhouse* zou zijn gedaan – zelf hebben gemaakt.

176 Zie Ktr. Amsterdam 9 mei 2001, JAR 2001/114 alsmede Ktr. Apeldoorn 5 september 2001, Prg. 2001, 5765 (werkneemster overvallen door zogenaamd "informatief" gesprek met bedrijfsrecherche bureau, dat vervolgens tegen haar werd gebruikt). Dit laatste vonnis werd overigens in hoger beroep door de Rechtbank Zutphen vernietigd (Prg. 2002, 5935).

> Verwezen zij in dit verband onder meer naar een uitspraak van de President van de Rechtbank Utrecht uit 1993, waarin de vraag voorlag of een werkgever onzorgvuldigheden van de zijde van door hem ingeschakelde (externe) keuringsartsen toegerekend kon krijgen. De President besliste als volgt: "Voor zover hier onzorgvuldigheden van de beide betrokken artsen in het geding zijn, kan de Federatie [de werkgever, toevoeging SFS] zich er niet -en in elk geval niet afdoende- op beroepen dat de artsen hooguit zelf verantwoordelijk zijn voor hun handelwijze. De artsen zijn immers door de Federatie ingeschakeld, en wel in het kader van een procedure die onder haar verantwoordelijkheid valt."[177]

Het betekent ook dat onzorgvuldigheid in de vorm van *getreuzel* en *vertraging* aan de zijde van de externe onderzoeker voor rekening van de werkgever komt. De parallel met de werkgeversaansprakelijkheid dient zich aan. Ook daar geldt, naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad, dat wanneer de werkgever de zorg voor een veilige werkomgeving uitbesteedt aan een derde, hij voor handelen van die derde aansprakelijk is als voor eigen handelen. Door een werknemer elders te plaatsen, kan de werkgever zich niet ontdoen van zijn zorgplicht.[178] Een andere parallel die in dit verband getrokken kan worden, is er een met de verzwaarde herplaatsingsinspanning die blijkens rechtspraak van de Hoge Raad op grond van het beginsel van goed werkgeverschap op een werkgever rust met betrekking tot een boventallige werknemer met lichamelijke beperkingen.[179] Aan die verplichting kan een werkgever zich ook niet onttrekken, simpelweg door een werknemer "over te plaatsen" naar een bemiddelingsbureau.[180]

Dat onvoldoende voortvarendheid aan de zijde van een extern onderzoeksbureau ertoe kan leiden dat een ontslag niet meer onverwijld gegeven kan worden, vindt ook steun in de rechtspraak. Gewezen kan in de eerste plaats worden op een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam uit 2001. Daarin overwoog de Kantonrechter dat de onverwijldheidseis bij ontslag op staande voet meebracht dat de werkgever niet de vrijheid toekwam om een externe onderzoeker "zodanig lang over het onderzoek te laten doen als in casu is geschied".[181] Een arrest van het Gerechtshof te Arnhem van 5 augustus 2008 wijst in dezelfde richting. Daarin werd beslist dat werd uitgegaan van de onverwijldheid van het gegeven ontslag, nu de werkgever opdracht had gegeven aan een extern onderzoeksbureau om onderzoek te doen en "gesteld noch

---

177 Pres. Rb. Utrecht 29 juli 1993, JAR 1993/192 (vide rov. 3.7) Zie ook van recenter datum: Ktr. Amsterdam 6 oktober 2010, JAR 2010/284; onzorgvuldig onderzoek van externe onderzoeker (geen hoor en wederhoor toegepast, gebreken toegerekend aan werkgever). Zie in vergelijkbare zin: Ktr. Amsterdam 9 mei 2001, JAR 2001/114.

178 HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716: Wanneer een werkgever zijn werknemer te werk stelt bij een derde teneinde werkzaamheden ter uitvoering van diens bedrijf te verrichten en daarbij in dier voege gebruik maakt van de hulp van die derde dat hij de zorg voor de veiligheid van de werknemer geheel of gedeeltelijk aan de derde overlaat, is hij voor een te kort schieten van de derde in die zorg als voor een eigen te kort schieten aansprakelijk. HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420; HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687 en JAR 1993/194; Hof Leeuwarden 18 april 2007, L&S 2007, 69; HR 10 juni 2011, JAR 2011/190.

179 Zie HR 21 mei 2010, NJ 2010, 495.

180 Zie in die zin HR 11 maart 2011, NJ 2011, 123 en JAR 2011/91: "3.8 (…) Zoals van een werkgever in beginsel een extra inspanning mag worden verwacht om een boventallige werknemer die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt, binnen het vertrouwde concern te herplaatsen (…), zo kan hetzelfde van Stork worden verwacht in het onderhavige geval, waarin [eiser] in overleg met haar had gekozen voor bemiddeling om in een voor hem passende functie bij een andere werkgever in dienst te treden."

181 Ktr. Amsterdam 18 mei 2000, JAR 2000/156 (rov. 4.1).

gebleken is dat dat bureau bij de uitvoering van die opdracht niet met de nodige voortvarendheid te werk is gegaan."[182] Daarin ligt besloten dat het Hof van mening is dat wanneer gesteld of gebleken zou zijn dat het onderzoekbureau die voortvarendheid *niet* zou hebben betracht, zulks terdege afbreuk had gedaan aan de onverwijldheid van het ontslag.

Wordt, bij een vermoeden van een dringende reden een externe onderzoeker ingeschakeld, dan zal de werkgever er dus op moeten *toezien* dat die externe onderzoeker zo voortvarend mogelijk handelt, wil hij niet later tegen problemen in de onverwijldheidssfeer aanlopen.[183]

Daarbij zal wel hebben te gelden, evenzeer als dat bij een door de werkgever zelf gedaan onderzoek het geval is, dat vertraging die valt toe te rekenen aan het door de externe onderzoeker in acht nemen van regels die beogen een zorgvuldige procedure te waarborgen, of die erop gericht zijn om wettelijke voorschriften – zoals voorschriften volgend uit de Wbp – na te leven, niet zou behoren te leiden tot het oordeel dat de onverwijldheidseis geschonden is. In dit verband valt, wat forensisch accountants betreft, met name te wijzen op de specifieke regels inzake "persoonsgerichte onderzoeken" zoals die door het Nivra en de NOvAA zijn geformuleerd in het kader van een daartoe strekkende Praktijkhandreiking.[184] De daarin vervatte handreikingen hebben tot doel om "een positieve bijdrage te leveren aan de kwaliteit van de dienstverlening", om "duidelijkheid te scheppen voor betrokken partijen" en om te bereiken dat de accountant op adequate wijze rekening houdt met "de belangen van een betrokkene". Dat brengt volgens de handreiking onder meer mee dat het beginsel van hoor en wederhoor en de vereisten van de Wbp, alsmede beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht moeten worden genomen. Dat alles is in lijn met hetgeen hiervoor is opgemerkt en er zouden, zo bezien, uit inachtneming van al die vereisten – in zichzelf – geen problemen in de onverwijldheidssfeer moeten volgen, mits de onderzoeker bij het implementeren van het onderzoek maar voortvarend te werk gaat.

---

182 Hof Arnhem 5 augustus 2008, Prg. 2008, 168 (rov. 8, in fine). Overigens kan men de vraag stellen of het Hof hier wel is uitgegaan van de juiste verdeling inzake stelplicht en bewijslast. Het Hof lijkt ervan uit te gaan dat het op de weg van de werknemer ligt om te stellen dat van onverwijldheid géén sprake is, terwijl het – naar hierna onder 2.8. uiteengezet zal worden – veeleer precies omgekeerd ligt. Dat aan de onverwijldheidseis is voldaan, moet door de werkgever worden gesteld.

183 Overigens is denkbaar dat wanneer een accountant – of andere externe onderzoeker – dit belang van voortvarendheid niet goed in het oog houdt, waardoor de werkgever later aanloopt tegen, wat ik maar zal noemen, een "onverwijldheidsprobleem", daarin een grond voor aansprakelijkheid van de onderzoeker gelegen kan zijn, omdat een redelijk handelend, redelijk vakbekwaam beroepsgenoot zich van dit risico bewust behoort te zijn en daarnaar behoort te handelen.

184 Praktijkhandreiking 1112, Praktijkhandreiking persoonsgerichte onderzoeken voor Accountants-Administratieconsulenten/registeraccountants. Aan de website van het Nivra valt het volgende te ontlenen met betrekking tot de status van dergelijke handreikingen: een NIVRA-praktijkhandreiking beoogt registeraccountants nadere aanwijzingen te geven ter zake van een specifiek onderdeel van de uitoefening van het accountantsberoep. Verwacht wordt dat accountants kennisnemen van deze aanwijzingen en deze overwegen voor zover relevant voor de opdracht. Een accountant die deze aanwijzingen niet toepast, moet erop voorbereid zijn om uit te leggen hoe niettemin is voldaan aan de verplichtingen, basisprincipes en essentiële werkzaamheden uit wet- en regelgeving die nader zijn behandeld in de aanwijzingen. Deze handreikingen hebben niet de status van beroepsreglementering.

Dat kan anders zijn wanneer – bijvoorbeeld – te veel tijd wordt ingeruimd voor het toepassen van hoor en wederhoor. Uit de praktijk zijn mij gevallen bekend waarin forensisch accountants in een niet zo ver verleden soms keer op keer uitstel toestonden voor een reactie op onderzoeksgegevens, waardoor het rekken van het onderzoek soms zelfs in vrij vergaande mate werd toegestaan. Dat levert, blijkens het voorgaande, vanuit arbeidsrechtelijk onverwijldheidsperpectief bepaald risico's op. Het recht om te worden gehoord is, als gezegd, een recht. Ziet de werknemer ervan af daarvan gebruik te maken, dan moet de werkgever "door", op straffe van verlies van de onverwijldheid van het ontslag. In de praktijkhandleiding lijkt op dit punt een genuanceerdere benadering te worden voorgestaan, waarin de accountant ook kan afzien van het horen, wanneer bij verder uitstel de belangen van de opdrachtgever of andere betrokkenen worden geschaad. Daarbij wordt als mee te wegen belang onder meer gewezen op het feit dat "bepaalde deadlines worden overschreden".[185] Het lijkt aangewezen dat daaronder ook de overschrijding van de "onverwijldheidsdeadline" wordt verstaan.

Ook voor een groot deel van de particuliere onderzoeksbureaus, te weten alle ondernemingen die zijn aangesloten bij de Vereniging van Particuliere Beveiligingsorganisaties, gelden naast de wettelijke regels ook aanvullende regels als vastgelegd in de Privacygedragscode sector particuliere onderzoeksbureaus. Die regels vormen een door het CBP geaccordeerde uitwerking voor de branche van de verplichtingen die uit de Wbp volgen. Ook daarin treft men de verplichting aan voor onderzoeksbureaus om bij de inzet van opsporingsmethodes in lijn met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit te werk te gaan.[186] Wederom zal hier gelden dat, voor zover vertraging volgt uit correcte naleving van die code, die een waarborg voor de bescherming van de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene – en naleving van de Wbp – beoogt te zijn, dit in zichzelf geen reden zou moeten zijn om te concluderen dat van onverwijld ontslag geen sprake is, mits bij inachtneming van de verplichtingen daaruit wel steeds met voortvarendheid wordt opgetreden.

Samenvattend dient de conclusie dus te luiden dat wanneer bij het bestaan van een vermoeden van een dringende reden een extern onderzoeksbureau wordt ingezet voor het doen van nader onderzoek, zulks *niet* meebrengt dat de onverwijldheidseis daarmee is "bevroren", totdat het onderzoeksbureau met zijn resultaten komt. Als verlengstuk – of hulppersoon – van de werkgever zal dat onderzoeksbureau eveneens met voortvarendheid moeten handelen. De werkgever kan zichzelf niet door het *outsourcen* van onderzoek ontslaan uit (de verplichtingen van) de onverwijldheidseis.

De zaak ligt anders indien bij de inschakeling van een onderzoeksbureau nog geen *vermoeden* van een *dringende reden* – als hiervoor onder 2.3.4 beschreven – bestaat, bijvoorbeeld omdat er slechts een vermoeden is van een misstand, zonder dat duidelijk is waaruit die bestaat en zonder dat er enig idee is wie daarvoor verantwoordelijk is. Naar hiervoor uiteen is gezet, begint de onverwijldheidstermijn op dat moment nog niet te lopen; daarvoor is het eerder besproken voldoende geconcretiseerde, voldoende geïndividualiseerde vermoeden van een dringende reden vereist.

185 Praktijkhandreiking 1112, p. 8.
186 Zie Privacygedragscode sector particuliere onderzoeksbureaus van de Vereniging van Particuliere Beveiligingsorganisaties, art. 7.1 onder 3.

Wordt in deze setting, waarin nog geen vermoeden van een dringende reden bestaat, een onderzoek ingesteld door een externe onderzoeker, dan begint de onverwijldheidstermijn pas te lopen wanneer die externe onderzoeker zodanige bevindingen presenteert aan de tot ontslag bevoegde functionaris van de werkgever dat daaruit bij die functionaris (het vermoeden van) het bestaan van een dringende reden met betrekking tot een bepaalde werknemer valt af te leiden. In zo een preliminaire setting, waarin van een geconcretiseerd en geïndividualiseerd vermoeden van een dringende reden geen sprake is, zal het uitbesteden van het onderzoek er dus inderdaad toe kunnen leiden dat de externe onderzoeker in relatieve "rust" zijn onderzoek kan doen; de onverwijldheidsklok tikt dan immers (nog) niet. Daaruit is voor de praktijk een belangrijke les te trekken. Het verdient aanbeveling op het moment van de uitbesteding van een onderzoek aan een extern onderzoeksbureau goed in kaart te brengen in welke stand het onderzoek in opdracht wordt gegeven: is er al een geconcretiseerd en geïndividualiseerd vermoeden van een dringende reden – waardoor de onverwijldheidstermijn is ingegaan – of is daarvan nog geen sprake?

2.5.12 De verhouding tussen onafhankelijk (opsporings)onderzoek van overheidswege en de onverwijldheidseis

Een andere vraag is of een werkgever die het vermoeden heeft dat zich een dringende reden voordoet, de uitkomst mag afwachten van onafhankelijk onderzoek van overheidswege dat is ingesteld met betrekking tot de feiten die ten grondslag liggen aan dat vermoeden. De Hoge Raad heeft zich in een arrest uit 1983 over deze kwestie gebogen.[187] Daarin was sprake van een medewerker van de ABN die met ingang van 12 augustus 1980 niet langer arbeidsongeschikt werd geacht door de verzekeringsgeneeskundige van het GAK. De werknemer hervatte echter niet. Bij brief d.d. 14 augustus 1980 berichtte de bank de werknemer dat zij zijn afwezigheid zonder opgaaf van redenen ongeoorloofd achtte en dat dat een dringende reden opleverde. Daaraan werd toegevoegd dat de werknemer, indien hij zich niet tot werken in staat achtte, beroep diende in te stellen tegen zijn hersteldverklaring door het GAK en dat men zich, als dat beroep ongegrond zou worden bevonden, het recht voorbehield om hem alsnog te ontslaan. Het door de werknemer ingestelde beroep werd ruim drie maanden later door de Raad van Beroep – de toenmalige beroepsinstantie voor dit soort beslissingen – ongegrond bevonden, waarna de bank per omgaande ontsloeg. In de tussentijd had de werknemer zijn werkzaamheden verricht.

In cassatie was onder meer de vraag aan de orde of het ontslag wel onverwijld was gegeven. De werknemer betoogde dat in een geval als dit alleen sprake kan zijn van onverwijldheid wanneer de werkgever de tijd vanaf het ontstaan van het vermoeden van een dringende reden actief heeft gebruikt om de gewenste zekerheid te verkrijgen dat die reden zich daadwerkelijk voordoet, zulks ofwel door zelf onderzoek te doen, of door zelf zulk onderzoek in opdracht te geven. De Hoge Raad verwierp dat standpunt omdat het "in zijn algemeenheid" geen steun vindt in het recht. Volgens de Hoge Raad valt niet in te zien waarom een werkgever die vermoedt dat werkverzuim waarvoor de werknemer ziekte als reden opgeeft, in werkelijkheid ongeoorloofd is en

187 HR 13 mei 1983, NJ 1983, 794.

die zich daaromtrent zekerheid wil verschaffen alvorens de werknemer wegens onwettig verzuim op staande voet te ontslaan, het daartoe noodzakelijke onderzoek zelf zou moeten instellen of doen instellen en er niet mee zou mogen volstaan het resultaat af te wachten van een door de werknemer tegen de beslissing van de bedrijfsvereniging ingesteld beroep, wanneer hij de werknemer heeft meegedeeld dat zijn beslissing omtrent het geven van ontslag daarvan afhankelijk zal zijn.[188]

Duk en Bouwens hebben naar mijn mening met juistheid opgemerkt dat de leer uit het arrest, vertaald naar het huidige wettelijk regime ter zake van de beoordeling of een werknemer (ten onrechte stelt dat hij) arbeidsgeschikt is, meebrengt dat een werkgever die zich geconfronteerd ziet met een werknemer die wegens pretense ziekte verzuimt, een door de werknemer op grond van art. 7:629a BW aan te vragen *second opinion* van het UWV omtrent die arbeidsongeschiktheid zal mogen afwachten.[189] Ik zou daaraan willen toevoegen: vanzelfsprekend wel onder voorwaarde dat de *second opinion* na het de werknemer onwelgevallige oordeel van de bedrijfsarts per omgaande wordt aangevraagd. Staat de werkgever toe dat de werknemer daarmee geruime tijd wacht, dan verspeelt hij alleen al om die reden de onverwijldheid van het ontslag wegens ongeoorloofd verzuim. Het lijkt raadzaam de werknemer, ter behoud van de onverwijldheid, voor het aanvragen van de *second opinion* een korte termijn te stellen.

De vraag komt op welke reikwijdte meer in het algemeen moet worden toegekend aan het arrest van 13 mei 1983. Ik zou menen dat die reikwijdte verder strekt dan de specifieke situatie die in het arrest aan de orde was. Er zijn ook allerlei andere situaties denkbaar waarin van overheidswege onafhankelijk onderzoek wordt gedaan naar de feiten en omstandigheden die voor een werkgever het vermoeden van een dringende reden opleveren, waarbij met name gedacht moet worden aan de situatie waarin in verband met dat vermoeden door politie en justitie een strafrechtelijk onderzoek is ingesteld. Gedacht kan ook worden aan het geval waarin een toezichthouder, zoals bijvoorbeeld de Afm, of de arbeidsinspectie, een onafhankelijk onderzoek heeft ingesteld naar een feit – bijvoorbeeld een overtreding van arbo-voorschriften die tot een meldingsplichtig arbeidsongeval heeft geleid – dat arbeidsrechtelijk als dringende reden kan worden aangemerkt.[190] Ik denk dat de beslissing uit het arrest van 13 mei 1983 kan worden doorgetrokken naar dergelijke gevallen, waarin aan een instantie aan

188 Zie over dit arrest ook: F.J.C.M. de Kok, Is het voorwaardelijk ontslag op staande voet geïntroduceerd?, SMA 1984, p. 423 en Ph.H. Povel, Een reactie op het artikel van mr. F.J.C.M. de Kok: is het (risicoloze voorwaardelijke) ontslag op staande voet geïntroduceerd?, SMA 1985, p. 307. De Kok meende dat de Hoge Raad met het arrest van 13 mei 1983 een voorwaardelijk ontslag op staande voet zou hebben geïntroduceerd. Dat standpunt is door Povel – met juistheid – bestreden. Het ontslag van de betreffende medewerker van de bank was niet reeds gegeven op het moment dat de bank aangaf de uitkomst van de procedure bij de Raad van Beroep te willen afwachten. Het ontslag werd pas – en toen: onvoorwaardelijk – gegeven toen de beslissing van die Raad bekend werd. Zie in die zin ook P.G. Vestering, Het voorwaardelijk ontslag op staande voet, ArbeidsRecht, 2008/12. Zie (geheel) anders M.G. Rood, Hoofdlijnen in het sociaal recht, NJB 1984, p. 994 die het arrest aldus leest dat daarin zou zijn toegestaan een ontslag op staande voet met terugwerkende kracht te geven.

189 Zie W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer 2011, p. 382.

190 Er is sprake van een meldingsplichtig arbeidsongeval als het slachtoffer aan de gevolgen overlijdt, blijvend letsel oploopt, of in een ziekenhuis moet worden opgenomen. Zie in dit verband art. 9 Arbeidsomstandighedenwet.

wie ter zake van de feiten die ten grondslag liggen aan het vermoeden van een dringende reden bij of krachtens de wet een onderzoeksbevoegdheid is toegekend. Bestaat een met zo een bevoegdheid beklede overheidsinstantie en doet die instantie onderzoek naar de feiten die mogelijk een dringende reden kunnen constitueren, dan mag ook de werkgever ter verificatie van zijn vermoeden dat de werknemer hem die dringende reden inderdaad heeft gegeven, in beginsel de uitkomsten van het onderzoek van die instantie afwachten. De Hoge Raad lijkt daarbij voor het mogen afwachten van de uitkomst van het externe onderzoek wel de voorwaarde te stellen, dat de werkgever de werknemer met voortvarendheid moet hebben laten weten dat zijn beslissing omtrent het geven van ontslag op staande voet, van de uitkomst van dat onderzoek afhankelijk zal zijn.

Steun voor de hiervoor bepleite ruime lezing van het arrest van 13 mei 1983 lijkt te vinden in een belangwekkende uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam uit 2006.[191] In die zaak had een leidinggevend werknemer van een kampeersupermarkt "voor de grap" een gasfles leeggespoten in de laadruimte van een vrachtauto. Er volgde een explosie die tot ernstig letsel leidde bij een aantal andere werknemers. De leidinggevende functionaris werd pas ruim drie maanden na het incident op staande voet ontslagen en stelde zich op het standpunt dat het ontslag niet onverwijld was gegeven, zulks mede omdat de werkgever niet zelf een onderzoek had ingesteld naar de toedracht van het ongeval maar dat had overgelaten aan de arbeidsinspectie en de politie. De Kantonrechter achtte dat echter, in de omstandigheden van het geval, niet strijdig met de eis van onverwijld ontslag omdat de werkgever te maken had met lijnrecht tegenover elkaar staande verklaringen en de arbeidsinspectie en de politie bij uitstek op het doen van dergelijk onderzoek "toegeruste" overheidsinstanties waren.[192]

---

191 Ktr. Rotterdam 10 januari 2006, Prg. 2006, 47, LJN: AU9708.

192 Zie anders: Ktr. Haarlem 7 september 1987, Prg. 1987, 2786 waarin sprake was van een ontslag (op 5 december 1986) van een buschauffeur wegens overtredingen van de rijtijdenvoorschriften (die eind augustus/begin september van datzelfde jaar hadden plaatsgevonden). De werkgever werd in november geconfronteerd met een onderzoek van de RVI – de overheidsinstantie die destijds op de naleving van de betreffende voorschriften moest toezien – en ging toen niet ook zelf op onderzoek uit. Toen de RVI ongeveer een maand nadien met haar bevindingen kwam, waaronder de bevinding dat de desbetreffende werknemer eind augustus/begin september de voorschriften had overtreden, volgde diens ontslag. De Kantonrechter oordeelde dat dat ontslag niet onverwijld was gegeven, omdat de werkgever niet het externe onderzoek van de toezichthouder had mogen afwachten maar veeleer, gealarmeerd door het onderzoek van de RVI, zelf onderzoek had moeten doen. Als hij dat had gedaan was hij ook veel eerder achter de overtreding gekomen. Nu de werkgever dat had nagelaten, terwijl hij wist dat er het een en ander schortte aan de naleving van de rijtijdenwetgeving binnen zijn bedrijf en de werknemer niet was ontslagen op basis van eigen onderzoek, maar pas op basis van de bevindingen van de RVI, was de werkgever volgens de rechter niet met voldoende voortvarendheid te werk gegaan. Het is, in het licht van het arrest van 13 mei 1983, maar ook in het licht van het feit dat in het *GTM-arrest* werd beslist dat de onverwijldheid-klok pas begint te lopen op het moment dat de tot ontslag bevoegde functionaris daadwerkelijk kennis krijgt van een concrete dringende reden – zodat dus niet het tijdstip van kunnen weten, maar het tijdstip van daadwerkelijk weten beslissend is –, de vraag of deze uitspraak juist is. Denkbaar – en wellicht beter – zou een oplossing zijn geweest waarin de Kantonrechter in de gebrekkige administratie van de werkgever (er heerste in feite een gedoogcultuur) aanleiding zou hebben gezien om geen dringende reden aan te nemen in plaats van om de zaak af te doen op de onverwijldheidseis. Als een werkgever een situatie in het leven roept waarin stelselmatige overtredingen van de regels worden gedoogd, kan hij die overtredingen – wanneer deze later door een externe toezichthouder worden ontdekt – moeilijk meer als dringende reden aanmerken.

De benadering van de Kantonrechter lijkt mij juist. Niet goed valt in te zien welk redelijk doel ermee gediend wordt wanneer een werkgever, als bij uitstek in het doen van opsporingsonderzoek gespecialiseerde overheidsdiensten als de politie of de arbeidsinspectie reeds een onderzoek hebben ingesteld naar feiten die vermoedelijk als dringende reden kunnen kwalificeren, daarnaast – en dus in feite: dubbelop – ook nog eens een onderzoek naar diezelfde feiten zou moeten instellen en daarvoor kosten zou moeten maken.

Dat geldt des te sterker nu de zojuist genoemde overheidsdiensten in het kader van hun onderzoeken allerlei opsporingsmethodes en dwangmiddelen kunnen toepassen, waarover de werkgever in het kader van private opsporing niet beschikt, zodat een dergelijk onderzoek efficiënter kan zijn. Zulks terwijl er bovendien vanuit mag worden gegaan dat die opsporing van overheidswege ook is omgeven met wettelijke en interne waarborgen die beogen de positie van de "verdachte" te beschermen, hetgeen meebrengt dat het ook uit arbeidsrechtelijk perspectief zorgvuldig is om op de uitkomsten van dat onderzoek te varen.[193]

Erkent men, zoals de Hoge Raad lijkt te doen, dat de werkgever mag varen op de uitkomsten van onafhankelijk onderzoek van overheidswege, dan zal tijdsverloop in het kader van dat onderzoek de werkgever in het algemeen niet kunnen worden tegengeworpen, nu hij, anders dan bij een door hem in opdracht gegeven privaat opsporingsonderzoek, niet dan wel nauwelijks kan beïnvloeden hoe snel de raderen in dat onderzoek draaien. Een uitzondering daarop zal kunnen worden aangenomen wanneer het onderzoek van overheidswege *door toedoen van* de werkgever vertraging oploopt, bijvoorbeeld omdat deze weigert medewerking te verlenen, bijvoorbeeld door geen stukken ter inzage te geven.

Ik zou wel willen aannemen dat de eis van onverwijld ontslag meebrengt, dat wanneer het externe opsporingsonderzoek van overheidswege pas wordt ingesteld nadat bij de werkgever het vermoeden is ontstaan dat zich een dringende reden voordoet, de werkgever moet kunnen aantonen dat hij tot het moment waarop dat onderzoek is ingesteld, zelf voortvarend heeft gehandeld om de waarheid boven tafel te krijgen. Anders gezegd: als bij een werkgever het vermoeden ontstaat dat een werknemer zich aan diefstal heeft schuldig gemaakt, hij de zaak vervolgens drie weken laat liggen en dan pas aangifte doet bij de politie, die vervolgens een onderzoek instelt, dan zal de werkgever zich niet meer op het standpunt kunnen stellen dat hij na kennisname van de resultaten van het onderzoek nog onverwijld kan ontslaan. Hij heeft de onverwijldheid dan al in, wat ik maar zal noemen, "het voortraject" verspeeld.

Het arrest van de Hoge Raad van 13 mei 1983 brengt naar mijn mening overigens *niet* mee dat een werkgever, wanneer een onderzoek van overheidswege loopt naar bepaald mogelijk wangedrag van een werknemer, ook steeds zal mogen wachten tot dat onderzoek definitief is *afgesloten*, alvorens op staande voet te ontslaan vanwege

193 Waar het die interne regels betreft, zij bijvoorbeeld verwezen naar de gedragscode van de Arbeidsinspectie http://www.arbeidsinspectie.nl/onderwerpen/handhaving/bevoegdheden_arbeidsinspectie/gedragscode/, die allerlei handreikingen bevat ter zake van zorgvuldige inzet van opsporings- en handhavingsinstrumenten.

dat wangedrag. Soms zal het, zeker bij een ontkennende verdachte, zo zijn dat de werkgever pas door kennisname van het onherroepelijk worden van een op basis van een strafrechtelijk onderzoek gewezen strafvonnis, de zekerheid – en het bewijs – verkrijgt dat zijn vermoeden dat zich een dringende reden voordoet, inderdaad juist is.[194] In dat geval mag de werkgever de definitieve afsluiting van het onderzoek in de vorm van het onherroepelijk worden van het vonnis afwachten en kan hij dan nog wegens het betreffende gedrag ontslaan.[195] Hij heeft pas dan de bewijsbare zekerheid van een dringende reden. Maar de omstandigheden van het geval kunnen anders meebrengen; het is mogelijk dat de werkgever de vereiste wetenschap *en* het vereiste bewijs *eerder* krijgt, hangende het (strafrechtelijke) onderzoek.

In de eerste plaats is denkbaar dat de werkgever die wetenschap gedurende het onderzoek verkrijgt *buiten het onderzoek om*, bijvoorbeeld omdat de desbetreffende werknemer ervoor kiest om niet bij de opsporingsinstanties, maar rechtstreeks bij de werkgever "op te biechten" dat en wat hij gedaan heeft.[196] In dat scenario zal de werkgever, uitzonderingen daargelaten, de uitkomsten van het externe onderzoek niet langer mogen afwachten, wil hij wegens het desbetreffende gedrag ontslaan. Hij heeft de uitkomsten van dat onderzoek in dat geval niet meer nodig om de vereiste wetenschap en het bewijs van de dringende reden te verkrijgen. Zo liep het ook in de zojuist aangehaalde Rotterdamse zaak; hangende het onderzoek door de arbeidsinspectie en de politie – op de uitkomsten waarvan de werkgever volgens de rechter mocht wachten – kreeg de werkgever ook rechtstreeks de beschikking over bewijsmateriaal, waaruit hij kon afleiden wie verantwoordelijk was voor de betreffende explosie. Hij ontsloeg op dát moment en dat was, naar het – mijns inziens juiste – oordeel van de Kantonrechter, onverwijld.

Maar te denken valt ook aan het scenario waarin de werkgever voorafgaand aan de uiteindelijke veroordeling van overheidswege wordt geïnformeerd over de resultaten van het strafrechtelijke onderzoek, bijvoorbeeld omdat hij als benadeelde partij op de hoogte wordt gehouden van het verloop daarvan. Ook in dat soort gevallen is goed verdedigbaar dat wil de werkgever *vanwege de gedraging zelf* kunnen ontslaan, hij dat op dát moment zal moeten doen, omdat hij dan op grond van het externe onderzoek al voordat het onderzoek definitief is afgerond (in die zin dat het in een veroordeling is uitgemond), de wetenschap heeft verkregen dat de werknemer zich inderdaad schuldig heeft gemaakt aan datgene wat tot dat moment slechts vermoed werd.

Daarbij zij wel aangetekend dat een werkgever die hangende een strafrechtelijk of anderszins van overheidswege plaatsvindend onderzoek de *zekerheid* (en het bewijs) verkrijgt dat inderdaad bepaald (wan)gedrag is vertoond, en die op dat moment *niet vanwege* dat wangedraq op staande voet ontslaat, daarmee *niet* noodzakelijkerwijs de mogelijkheid heeft verspeeld om *in verband met* het desbetreffende feit op staande

194 Zie ook W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer 2011, p. 382, onder verwijzing naar Rb. Haarlem 22 maart 1949, NJ 1950, 77 en Ktr. Leiden 14 januari 1959, NJ 1959, 476.

195 Zie in die zin bijvoorbeeld: Ktr. Groningen 6 juli 2010, LJN: BN3540.

196 Zie daarover ook: S.F. Sagel, Een onvoorwaardelijke veroordeling voor het ontslag op staande voet in verband met een strafrechtelijke veroordeling, TRA, 2011, 88 (zie met name hetgeen wordt opgemerkt onder "De timing van het ontslag en de formulering van de ontslaggrond").

voet te ontslaan. Mondt het strafrechtelijke onderzoek uiteindelijk uit in een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling dan kan *die onherroepelijke veroordeling* (wegens het desbetreffende feit) een nieuwe dringende reden doen ontstaan, waarvoor de onverwijldheidstermijn naar mijn mening gaat lopen op het moment dat de tot ontslag bevoegde functionaris op de hoogte komt van het feit dat die veroordeling *onherroepelijk* is geworden. Dat is immers het moment waarop de tot ontslag bevoegde functionaris de zekerheid heeft dat die ontslaggrond – hetgeen dan inmiddels is geworden: de onherroepelijke veroordeling door de strafrechter vanwege het betreffende feit – zich met zekerheid voordoet. Overigens kan de werkgever er ook voor kiezen om reeds vóórdat een strafrechtelijke veroordeling onherroepelijk is geworden, op grond van een veroordeling te ontslaan, zij het dat hij dán het risico loopt dat de werknemer later wordt vrijgesproken, hetgeen dan automatisch impliceert dat de opgegeven dringende reden – de veroordeling – achteraf wegvalt. Men kan het ook zo zeggen: als de werkgever ervoor opteert om te ontslaan wegens de strafrechtelijke veroordeling – in plaats van wegens het daaraan ten grondslag liggende "vergrijp" – dan verbindt hij zich arbeidsrechtelijk aan de uitkomst van de strafzaak. Dat brengt mee dat als de werkgever op die grond ontslaat vóórdat de strafrechtelijke procedure is uitgemond in een onherroepelijk vonnis, hij het risico neemt dat het ontslag onderuit gaat als in appel vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging volgt.[197]

Tot slot rest nog de vraag wat rechtens is als een werkgever, die het vermoeden heeft dat een werknemer hem een dringende reden heeft gegeven, ter verificatie daarvan de uitkomsten van een extern onderzoek van overheidswege afwacht en dat onderzoek zonder resultaat wordt afgebroken, zoals bij een sepot wegens gebrek aan bewijs. Heeft de werkgever dan nog de mogelijkheid om zelf op onderzoek uit te gaan, of om zelf een derde opdracht te geven om dat te doen? Ik zie niet waarom die mogelijkheid niet zou bestaan. Als de werkgever de uitkomsten van een extern onderzoek als hier bedoeld mag afwachten – en dat afwachten dus eigenlijk in termen van onverwijldheid als voldoende voortvarend handelen valt aan te merken – valt niet goed in te zien waarom diezelfde werkgever dat onderzoek niet zou mogen "overnemen" als het onderzoek van overheidswege gestaakt wordt bij gebrek aan resultaat. Dat "overnemen" zal dan wel "onverwijld" moeten geschieden.

2.5.13 Tijdsverloop in verband met het inwinnen van juridisch advies

Blijkens het arrest van de Hoge Raad in de *GTM-zaak*, mag een werkgever ook enige tijd nemen voor het inwinnen van juridisch advies omtrent de mogelijkheid van ontslag op staande voet. Het zal daarbij met name gaan om de vraag of, gegeven de resultaten van het onderzoek en in het licht van het vergaarde bewijs, het geven van ontslag op staande voet een rechtens haalbare kaart is. De tijd die daarvoor mag

197 Zie in dit verband Ktr. Amersfoort 17 september 2008, RAR 2008/168, waarin een docent Duits was veroordeeld tot een gevangenisstraf wegens verkrachting van een oud leerlinge. Het ontslag op staande voet was prematuur gegeven – na de veroordeling volgde alsnog vrijspraak – en werd derhalve niet rechtsgeldig geacht. Zie over deze problematiek ook S.F. Sagel, Een onvoorwaardelijke veroordeling voor het ontslag op staande voet in verband met een strafrechtelijke veroordeling, TRA 2011, 88.

worden genomen zal wederom afhangen van de complexiteit van de materie en de omvang van het te bestuderen bewijsmateriaal. In zijn algemeenheid zou ik overigens menen dat voor weinig complexe zaken een periode van zo'n 48 uur zonder meer voldoende zou moeten zijn om juridisch advies in te winnen.[198] Ook denk ik dat verhinderingen van een advocaat, bijvoorbeeld wegens vakantie of ziekte, evenmin uitstel zullen kunnen wettigen als afwezigheid van de werkgever zelf. Advocaten zijn vervangbaar en als een advocaat niet snel genoeg "levert", zal een werkgever dat – vervangen – dan ook moeten doen, wil hij de onverwijldheid sauveren. Vermeldenswaard is in dit verband nog dat in de rechtspraak wel is aangenomen dat wanneer een werkgever naar aanleiding van eerdere misstappen heeft gedreigd bij een volgende misstap over te zullen gaan tot ontslag op staande voet, zulks een neerwaarts effect heeft op de tijd die hij, wanneer de werknemer inderdaad opnieuw over de spreekwoordelijke schreef gaat, heeft om advies in te winnen. De gedachte is dan dat de werkgever zich klaarblijkelijk al bij het geven van de laatste waarschuwing heeft laten adviseren over de juridische haalbaarheid van het toen reeds aangekondigde gevolg van een nieuwe overtreding, zodat nader onderzoek op dat punt niet voor de hand ligt wanneer de werknemer inderdaad over de schreef gaat.[199] De juistheid van die benadering komt kwestieus voor, al is het maar omdat (i) de feitelijke omstandigheden waarin werknemer en werkgever verkeren sinds de laatste waarschuwing kunnen zijn gewijzigd, terwijl (ii) zich inmiddels ook nieuwe ontwikkelingen in de rechtspraak kunnen hebben voltrokken en een gedegen juridisch advies omtrent de haalbaarheid van een ontslag op staande voet slechts kan zijn gebaseerd op de feiten en omstandigheden en de stand van het recht zoals die zich op de ontslagdatum voordoen.[200]

2.5.14 Tijdsverloop door het vergaren van bewijs

Tot slot verdient opmerking dat de Hoge Raad in het *GTM-arrest* heeft aangegeven dat bij de beantwoording van de vraag of de werkgever, nadat bij hem een vermoeden van een dringende reden is ontstaan, voldoende onverwijld heeft ontslagen, ook rekening mag houden met zijn behoefte om bewijs te vergaren van de dringende reden. Die beslissing zal ongetwijfeld zijn ingegeven door het feit dat vaste rechtspraak van de Hoge Raad is dat de bewijslast van de dringende reden in beginsel bij de werkgever ligt.[201] Meestal zal het moment waarop de werkgever de wetenschap verkrijgt dat zich een dringende reden voordoet, samenvallen met het moment waarop hij over voldoende bewijs van het bestaan van die dringende reden beschikt. Maar

198 Nog steeds juist lijkt in dit verband: Ktg. Den Haag 2 april 1955, NJ 1955, 524 ("O. (…) dat aan ged. het recht niet mag worden ontzegd zich, nadat haar een dringende reden tot ontslag op staande voet bekend wordt zich daarover eerst met haar raadsman te verstaan ook al heeft dit ten gevolge dat het ontslag niet onmiddellijk na bekend worden dier reden wordt gegeven, doch enige dagen daarna"). Weinig verrassend is dat een periode drieënhalve week voor het inwinnen van juridisch advies als veel te lang werd aangemerkt, zie Ktr. Heerenveen 26 november 2011, LJN: BU5004, rov. 4.3.4.

199 Ktr. Utrecht 16 januari 2008, Prg. 2008, 92.

200 Zie in die zin HR 8 oktober 2004, RAR 2005/1.

201 Zie in die zin o.a.: HR 26 april 1974, NJ 1975, 103; HR 15 oktober 1982, NJ 1983, 79; HR 4 mei 1984, NJ 1984, 609 alsmede hierna onder 4.8.

noodzakelijk is dat niet. Er zijn zonder meer gevallen denkbaar waarin de werkgever, op het moment dat hij de wetenschap verkrijgt dat de werknemer hem een dringende reden heeft gegeven, nog niet over sluitend bewijs daarvan beschikt. Zulks bijvoorbeeld omdat het enige bewijs waarover de werkgever beschikt, zijn eigen waarneming betreft – zodat zijn verklaring te zijner tijd tegenover die van de werknemer zal staan – of omdat bewijsmateriaal waarover de werkgever beschikte wordt gestolen. In dergelijke gevallen zal de werkgever, ook al is het vermoeden van een dringende reden geconverteerd in wetenschap, nog niet tot ontslag behoeven over te gaan. Dat behoeft hij pas te doen wanneer hij voldoende bewijsmiddelen om de dringende reden aan te tonen, heeft verzameld en veilig gesteld.

Steun voor deze benadering valt ook te vinden in het Duitse recht. Het Bundesarbeitsgericht heeft beslist dat de zogenaamde Ausschlussfrist van twee weken als vervat in art. 626 lid 2 BGB, waarbinnen een ontslag op staande voet daar geëffectueerd moet worden, pas begint te lopen wanneer de werkgever niet alleen grondig heeft vastgesteld dat zich een dringende reden voordoet, maar ook voldoende bewijsmiddelen heeft vergaard om dat gelijk aan te tonen. In een arrest van 2007 overwoog het BAG in dit verband als volgt:[202] "Die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt, wenn der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat und ihm deshalb die Entscheidung über die Zumutbarkeit einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses möglich ist (…). Außerdem gehört es zu den vom Kündigungsberechtigten zu ergründenden maßgeblichen Umständen, mögliche Beweismittel für eine ermittelte Pflichtverletzung zu beschaffen und zu sichern.[203]

2.6 De tweede fase: van het moment waarop de werkgever weet (en kan bewijzen) dat zich een dringende reden voordoet tot de opzegging

Op enig moment converteert het vermoeden van de tot ontslag bevoegde functionaris bij de werkgever dat zich een dringende reden voordoet, op basis van het onderzoek naar zowel de feiten als de juridische kwalificatie die daaraan moet worden gegeven, in de *bewijsbare* wetenschap dat dat inderdaad het geval is. Dat is het moment waarop hij dan ook vrijwel steeds daadwerkelijk tot ontslag zal moeten overgaan, wil gezegd kunnen worden dat het ontslag onverwijld is gegeven. In een hiervoor al eerder aangehaald arrest uit 1984 formuleerde de Hoge Raad het aldus dat "een na dit tijdstip nog dralen met het geven van ontslag (…) in zijn algemeenheid onverenigbaar [is, toevoeging SFS] met de voor het ontslag op staande voet vereiste dringendheid van de aangevoerde reden van het ontslag".[204] "In zijn algemeenheid", zo schrijft de Hoge Raad. Er zijn dus – klaarblijkelijk – in de ogen van de Hoge Raad bepaalde uitzonderingen mogelijk. Dat vindt ook bevestiging in een arrest dat de Hoge Raad in 1996 wees en waarin hij besliste dat een ontslag wegens dringende reden, dat niet onverwijld is gegeven, *behoudens bijzondere omstandigheden*, tot gevolg heeft dat

202 BAG 1 februari 2007, 2 AZR 333/06, rov. 18.
203 Zie ook BAG 2 februari 2006, *2 AZR 57*/05 en BAG 17 maart 2005 – 2 AZR 245/04 – AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 46 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 9.
204 HR 18 mei 1984, NJ 1984, 720.

het ontslag niet rechtsgeldig is. In het arrest uit 1996 zette de Hoge Raad niet verder uiteen welke *bijzondere omstandigheden* uitstel van het geven van ontslag kunnen wettigen, maar uit de rechtspraak is wel een aantal casusposities af te leiden.

2.6.1 Uitstel van de opzegging in verband met een beëindigingsvoorstel

Een door de Hoge Raad in 1983 met zoveel woorden aanvaarde reden voor enig uitstel voor het geven van ontslag nadat de dringende reden is komen vast te staan, is daarin gelegen dat de werkgever die een dringende reden heeft vastgesteld, de werknemer vervolgens een voorstel mag doen om de arbeidsovereenkomst op een andere – minder ingrijpende – wijze te beëindigen, waarbij de werknemer enige bedenktijd wordt geboden om zich op dat voorstel te beraden.[205] In de betreffende zaak werd in cassatie uitgegaan van de navolgende feiten. Een werkgever, die een werknemer had meegedeeld hem op staande voet te willen ontslaan wegens het verduisteren van goederen en het verrichten van ongeoorloofde nevenwerkzaamheden onder werktijd, had die werknemer vervolgens – nadat deze daarom had gevraagd – een voorstel gedaan tot beëindiging van het dienstverband "op eigen verzoek" om organisatorische redenen. De looptijd van dat voorstel bedroeg een week en in die week genoot de werknemer buitengewoon verlof. Uiteindelijk accepteerde de werknemer het hem gedane voorstel toch niet, waarna de werkgever het reeds aangekondigde ontslag op staande voet alsnog effectueerde. De Rechtbank besliste dat dat ontslag, gelet op het tijdsverloop van een week, niet meer onverwijld gegeven was. De Hoge Raad vernietigde dat vonnis en overwoog daartoe als volgt:

> "3.2 (…) Indien een werkgever, aan wie bekend is geworden dat zich een dringende reden tot ontslag van een werknemer heeft voorgedaan, onverwijld aan de werknemer mededeling doet van zijn voornemen hem op grond van de alsdan medegedeelde dringende reden op staande voet te ontslaan, voorts hierbij aan deze werknemer een voorstel doet tot ontslag op eigen verzoek en hem een korte termijn laat voor beraad over een en ander, gedurende welke termijn de werknemer buitengewoon verlof krijgt en vervolgens na afloop van deze termijn, als blijkt dat de werknemer niet zelf ontslag neemt, deze op staande voet ontslaat, moet voor de toepassing van art. 1639o worden aangenomen dat de reden van het ontslag onverwijld is medegedeeld en tevens dat de ontslagverlening onverwijld is geschied. Dit is niet anders indien de werkgever, in plaats van een voornemen tot ontslag ter kennis van de werknemer te brengen, deze onverwijld ontslaat, evenwel onder de opschortende voorwaarde dat de werknemer binnen korte termijn voor beraad niet zelf ontslag neemt."

De Hoge Raad onderbouwde het aanvaarden van deze mogelijkheid in zijn arrest met een uitdrukkelijke verwijzing naar de sociale wenselijkheid ervan. Aldus, zo werd overwogen, "worden de mogelijkheden voor het vinden van een andere, meer bevredigende oplossing dan ontslag wegens een dringende reden vergroot." Bovendien staat een korte termijn voor beraad gedurende welke de werknemer geen werkzaamheden verricht, er niet aan in de weg het ontslag aan te merken als op staande voet wegens een dringende reden gegeven.

---

205 HR 4 november 1983, NJ 1984, 187.

Uit het arrest volgt dat de werkgever kan kiezen uit twee varianten. In de eerste plaats kan hij slechts aankondigen dat hij op staande voet zal ontslaan wanneer de werknemer niet het door hem gedane voorstel aanvaardt. In dat geval vindt het ontslag pas plaats nadat de termijn voor aanvaarding van het voorstel is verstreken en de werknemer het voorstel niet binnen die termijn heeft aanvaard. De werkgever kan er ook voor kiezen om onmiddellijk te ontslaan, onder de opschortende voorwaarde dat de werknemer binnen de gestelde termijn het hem gedane voorstel niet aanvaardt. Wordt die voorwaarde vervuld, dan treedt de werking van het ontslag definitief in.

Uit het arrest van de Hoge Raad valt af te leiden dat een werkgever die gebruik wil maken van de door de Hoge Raad aanvaarde mogelijkheid om aan inzet van het *ultimum remedium* van ontslag op staande voet te ontkomen, wel reeds bij het doen van het voorstel om op andere wijze uiteen te gaan, de dringende reden zal moeten meedelen die hij heeft en op grond waarvan hij voornemens is op staande voet te ontslaan. Dat lijkt me een juiste benadering, ongeacht of de werkgever kiest voor de optie van het onmiddellijk ontslag onder opschortende voorwaarde, of voor de aankondiging van het ontslag dat zal worden geëffectueerd wanneer de werknemer het voorstel niet tijdig aanvaardt. Zoals in het volgende hoofdstuk verder zal worden uitgewerkt, gelden bij het geven van ontslag op staande voet strenge regels ter zake van het tijdstip en de wijze waarop de dringende reden moet worden meegedeeld. Die regels strekken er in de kern genomen toe te bewerkstelligen dat de werknemer zich kan beraden op de vraag of hij de ontslaggrond feitelijk als juist ervaart ("heb ik dit inderdaad gedaan?") en of hij die ontslaggrond ook als dringende reden accepteert ("rechtvaardigt dit nu ontslag op staande voet?"), zodat hij een positie kan bepalen omtrent de vraag of hij in het ontslag wenst te berusten of daartegen wil opkomen.[206]

Wanneer wordt gekozen voor de constructie waarbij de werkgever meteen ontslaat, maar daaraan een opschortende voorwaarde verbindt, volgt reeds uit de wet dat de werkgever bij (of zeer kort na) het meedelen van het ontslag ook de dringende reden zal moeten communiceren. Doet hij dat, in die constructie, niet, dan kleeft aan het ontslag een gebrek. Er is niet aan de in het volgende hoofdstuk te bespreken eis van "gelijktijdige" mededeling voldaan.

Maar ook wanneer wordt gekozen voor de variant waarin de werkgever slechts aankondigt dat hij voornemens is te ontslaan wanneer de werknemer niet (tijdig) akkoord gaat met het hem gedane beëindigingsvoorstel, zal hebben te gelden dat de werkgever reeds op dat moment de dringende reden moet meedelen. Het ligt namelijk in de rede dat de werknemer de zojuist genoemde afweging ook moet kunnen maken wanneer hem, onder de dreiging van een ontslag op staande voet, een voorstel wordt gedaan om op andere wijze uiteen te gaan, omdat hij – ter beantwoording van de vraag of dat voorstel aanvaardbaar is – ook zal moeten betrekken hoe hij er juridisch "voor staat" wanneer hij wordt ontslagen. Die afweging beïnvloedt immers "de waarde" van het voorstel.

De vraag rijst, welke consequenties eraan verbonden zouden moeten worden wanneer een werkgever verzuimt om de dringende reden reeds bij het doen van het voorstel om anderszins uiteen te gaan, mede te delen. Ik zou menen dat de werkgever

206 Vaste rechtspraak sedert HR 21 juni 1918, NJ 1918, p. 769; Zie hoofdstuk 3 onder 3.4.1.

in dat geval zowel in het geval dat de werknemer het voorstel aanvaardt, als in het geval dat hij dat voorstel verwerpt, een risico loopt. Ontslaat de werkgever de werknemer alsnog omdat de werknemer het voorstel niet heeft aanvaard, dan is niet voldaan aan de eisen die de Hoge Raad in het arrest van 4 november 1983 heeft gesteld voor het aanvaarden dat een dergelijk ontslag desalniettemin onverwijld is gegeven en zou de conclusie dus goed kunnen luiden dat het ontslag op die grond – schending van de onverwijldheidseis – vernietigbaar is. Aanvaardt de werknemer het beëindigingsvoorstel – ongeacht of dat nu bestaat in een aanbod om zelf op te zeggen, of om de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden te beëindigen – zonder dat hem bij het doen daarvan de inhoud van de dringende reden is meegedeeld, dan loopt de werkgever het risico, dat de werknemer later tracht terug te komen op de bereikte wilsovereenstemming. De werknemer kan dat dan proberen te doen ofwel (i) met een beroep op het feit dat sprake was van een wilsgebrek – de werknemer dwaalde omtrent de aanwezigheid van een dringende reden – ofwel (ii) met het argument dat zijn verklaring dat hij akkoord ging met vrijwillige beëindiging van het dienstverband onder de gegeven omstandigheden niet als een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring gericht op beëindiging van het dienstverband opgevat mocht worden, nu van een *well informed choice* onder die omstandigheden geen sprake was.[207]

In de praktijk wordt, als ik het goed zie, opvallend weinig gebruik gemaakt van de mogelijkheden die het arrest van 13 mei 1983 biedt. Dat is betreurenswaardig, omdat de door het arrest geopende mogelijkheid voor beide partijen aantrekkelijk kan zijn. Voor de werknemer, omdat hij aldus kan ontkomen aan een ontslag op staande voet en, wanneer de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden wordt beëindigd op initiatief van de werkgever, hij (wellicht) zijn uitkeringsaanspraken op grond van de Werkloosheidswet kan veilig stellen; voor de werkgever omdat hij zich daarmee een aantal procedures die vaak op een ontslag op staande voet volgen – te weten een kort geding tot doorbetaling van loon, een ontbindingsprocedure voor zover vereist en een bodemprocedure over de rechtsgeldigheid van het ontslag – en alle daaraan verbonden kosten kan besparen.

Dat weinig gebruik wordt gemaakt van de door de Hoge Raad geopende route ligt naar mijn idee deels aan haar onbekendheid. Maar ook advocaten die het arrest van 4 november 1983 wel kennen, zijn – naar mijn ervaring – vaak terughoudend. Daarbij wordt dan vooral het argument gebruikt dat het doen van een beëindigingsvoorstel,

---

207 Zie omtrent de leer dat een opzegging door de werknemer of diens akkoordverklaring met een beëindiging met wederzijds goedvinden slechts kan worden aangenomen wanneer sprake is van een daarop gerichte duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van zijn zijde: HR 28 mei 1982, NJ 1983, 2; HR 20 september 1991, NJ 1991, 785; HR 25 maart 1994, NJ 1994, 390; HR 8 april 1994, JAR 1994/95; HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 171; HR 28 april 1995, NJ 1995, 651; HR 19 april 1996, JAR 1996/116; HR 30 mei 1997, NJ 1997, 611; HR 26 mei 2000, NJ 2000, 566. Zie ook Asser-Heerma van Voss, 7-V* 2008, no. 326. Zie ook A.F. Bungener, De duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van de werknemer, ArbeidsRecht 2007, 3, p. 3 e.v.; H.J.W. Alt, Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht, Deventer 2009, p. 225; R.L. Heusden, Beeindigingsovereenkomsten en het recht op WW-uitkering, Deventer 2006, p. 62 e.v. Verwezen zij ook naar Ktr. Schiedam 29 februari 2000, JAR 2000/110, waarin een van fraude betichte werkneemster niet aan een ontslagname gehouden kon worden omdat zij de gevolgen niet overzag van aanvaarding van het beëindigingsvoorstel wat haar om die reden was voorgehouden.

onder behoud van het recht om bij verwerping daarvan alsnog te ontslaan, de werkgever in een latere procedure over de rechtsgeldigheid van het ontslag parten zou kunnen spelen omdat de werknemer (en in diens verlengde ook: de rechter) dat voorstel tegen de werkgever zou kunnen gebruiken door daaruit af te leiden dat de werkgever op het punt van de dringende reden "zelf ook wel wist dat hij niet zo sterk stond" (anders had hij immers het desbetreffende aanbod niet gedaan). Ik heb, op basis van de gepubliceerde rechtspraak, in het geheel niet de indruk dat deze redenering in rechte daadwerkelijk gevolgd wordt.[208] Het is bovendien een redenering die niet aanspreekt, omdat hij miskent dat een werkgever ook wanneer hij sterk staat op het punt van de dringende reden, goede redenen kan hebben om het hier bedoelde voorstel te doen; niet alleen omdat hij daarmee – als gezegd – (proces) kosten kan besparen, maar ook omdat hij, als goed werkgever, begaan kan zijn met het lot van zijn werknemer (ook al is boven enige twijfel verheven dat die hem een dringende reden voor ontslag op staande voet heeft gegeven). Ik zou dan ook menen dat een werkgever die van de door de Hoge Raad geboden mogelijkheid gebruik heeft gemaakt door voorafgaand aan het geven van het ontslag een beëindigingsvoorstel te doen, wanneer dat voorstel wordt verworpen zulks niet in een daarop volgende procedure over de rechtsgeldigheid van het alsdan gegeven ontslag tegengeworpen zou behoren te krijgen. Integendeel; het doen van het voorstel zou dan – ook in de sfeer van de beoordeling of zich een dringende reden voordoet – veeleer in het *voordeel* van de werkgever moeten werken, omdat deze daarmee heeft laten zien zich rekenschap te willen geven van het subsidiariteitsbeginsel en mede van de belangen van de werknemer. Hij heeft pas naar het zwaarste wapen – ontslag op staande voet – gegrepen, na eerst (vergeefs) te hebben getracht een minder ingrijpende route te volgen. Dat alles maakt dat het doen van een voorstel als hier besproken (i) in het kader van de onverwijldheid niet tegen de werkgever zou mogen werken, terwijl het (ii) in het kader van de dringende reden juist in diens voordeel zou moeten werken.

2.6.2 Uitstel van de opzegging om de dringende reden alsnog ongedaan te maken?

Een complexe kwestie die enigszins gelieerd is aan de in de vorige paragraaf aan de orde gestelde discussie, betreft de vraag of een werkgever, wanneer hij een dringende reden heeft geconstateerd in de vorm van, wat men zou kunnen noemen, een "duurovertreding", dat wil zeggen een door de werknemer in het leven geroepen voortdurende situatie die in strijd is met hetgeen de werkgever van de werknemer mag verwachten, de werknemer een korte termijn mag stellen om die situatie te beëindigen, bij gebreke waarvan het ontslag vanwege het in het leven roepen van die

208 Zie in dit verband: Ktr. Utrecht 23 december 2009, LJN: BK6977 waarin ontslag op staande voet werd gegeven nadat eerst een beëindigingsvoorstel was gedaan. Bij het oordeel dat zich geen dringende reden voordeed werd het beëindigingsvoorstel echter niet als mede redengevend aangemerkt voor de beslissing. Zie voorts: Ktr. Almelo 18 maart 2011, LJN: BP8265 (beëindigingsvoorstel gedaan voorafgaand aan ontslag op staande voet, voorstel afgewezen door werknemer. Ontslag op staande voet werd rechtsgeldig bevonden, maar bij dat oordeel werd het beëindigingsvoorstel evenmin betrokken).

situatie alsnog geëffectueerd zal worden. Een voorbeeld hiervan wordt gevormd door een casuspositie waarover de Kantonrechter Haarlem in 2007 had te oordelen.[209]

De werkgever ontdekte in die zaak op enig moment dat een werknemer een concurrerende onderneming had opgezet en ingeschreven in de Kamer van Koophandel. Hij verzocht hem met klem om de nevenwerkzaamheden te beëindigen en gaf aan dat, wanneer dat niet zou geschieden, hij niet zou terugdeinzen voor het geven van ontslag (op staande voet). Een maand later werd inderdaad op staande voet ontslagen, waarbij de navolgende ontslaggrond werd gehanteerd:

> "Zoals u vandaag door de heer [YYY], bestuurder van cliënte is meegedeeld, bent u op staande voet ontslagen omdat u het in artikel 14 van uw arbeidsovereenkomst neergelegde verbod op nevenwerkzaamheden heeft overtreden.
> Het is cliënte gebleken dat u in de Kamer van Koophandel ingeschreven staat met de eenmanszaak "Dangerous Goods Training & Consultancy". Niet alleen is die naam sterk gelijkend op de naam van de onderneming van cliënte, uw eenmanszaak legt zich bovendien toe op activiteiten die ook tot de werkzaamheden van cliënte behoren. Daarmee staat vast dat het verbod op nevenwerkzaamheden door u is overtreden."

De werknemer werd dus ontslagen wegens niet meer dan dezelfde situatie die een maand eerder ook al bekend was en als ontslaggrond werd *niet* (mede) opgegeven dat de werknemer had geweigerd om gevolg te geven aan de (redelijke) opdracht om die situatie op te heffen. De werknemer betoogde in rechte dat het ontslag niet onverwijld was gegeven, omdat de werkgever al een maand op de hoogte was van de ontslaggrond. De Kantonrechter volgde dat betoog niet en oordeelde dat er wel degelijk onverwijld was ontslagen:

> "Het ontslag is naar het oordeel van de kantonrechter ook onverwijld gegeven nadat DGM was gebleken dat [gedaagde] bleef volharden bij zijn weigering de inschrijving door te halen. Daar doet niet aan af dat DGM al eerder op de hoogte was van die inschrijving, omdat DGM [gedaagde] nog de gelegenheid heeft gegeven die inschrijving ongedaan te maken."

Hoe over deze situatie te oordelen?

Ik zou menen dat hier in de eerste plaats een (toegegeven: soms lastig) onderscheid moet worden gemaakt tussen (i) de situatie waarin de door de werkgever ontdekte situatie weliswaar onwenselijk, maar in zichzelf niet ernstig genoeg is om op zichzelf beschouwd als dringende reden te kwalificeren, maar de weigering van de werknemer om die situatie op te heffen (in combinatie met de door hem in het leven geroepen situatie) wel als dringende reden kwalificeert en (ii) de situatie waarin de door de werkgever ontdekte situatie wel in zichzelf beschouwd zo ernstig is dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, zich reeds op het moment van ontdekking een dringende reden voordoet. In het met (i) aangeduide scenario is de dringende reden, primair, gelegen in het weigeren te voldoen aan een redelijke opdracht door of vanwege de werkgever verstrekt. In dat geval doet zich per definitie geen onverwijldheidsprobleem voor en wel omdat pas een dringende reden ontstaat – en de

209 Ktr. Haarlem 31 oktober 2007, LJN: BB8322.

werkgever wetenschap daarvan krijgt – op het moment dat de termijn die is gesteld voor het opheffen van de onwenselijke situatie is verstreken. Dan is dát het moment waarop de onverwijldheidstermijn ingaat. In het met (ii) aangeduide scenario ligt dat anders. In dat geval bestaat immers al een dringende reden op het moment dat de werkgever de werknemer opdraagt, althans in staat stelt, om deze ongedaan te maken. Doet de werknemer dat, dan kan ontslag niet meer worden gegeven, zulks alleen al bij gebrek aan een dringende reden; de werkgever heeft immers de toezegging gedaan dat hij de reden niet zal gebruiken als de situatie ongedaan wordt gemaakt.[210] Maar wat is rechtens wanneer de werknemer niet doet wat van hem verwacht wordt en hij de situatie ondanks de instructie in stand laat? Er ontstaat dan, zo zou ik denken, een nieuwe – zo men wil: samengestelde – dringende reden, bestaande uit (niet alleen meer) het in het leven roepen van de betreffende situatie, maar de combinatie daarvan met de weigering om daar, ondanks een redelijke opdracht daartoe, een einde aan te maken. Die dringende reden ontstaat op het moment dat de termijn voor herstel verstrijkt en dus gaat ook de onverwijldheidstermijn ter zake van die nieuwe dringende reden dan lopen. Ontslaat de werkgever wegens die samengestelde dringende reden, dan zal hij evenmin tegen een succesvol onverwijldheidsverweer aanlopen.[211]

> Wel zal de werkgever ervoor moeten waken dat hij de werknemer slechts een korte termijn stelt om terug te komen op zijn besluit. Is die termijn te lang, dan kan dat repercussies hebben in de sfeer van de dringende reden: wordt de werknemer een hele ruime tijd geboden om een ontoelaatbare situatie op te heffen, dan kan daaruit immers worden afgeleid dat de situatie klaarblijkelijk niet zo ernstig was dat deze (in combinatie met de weigering om daaraan een einde te maken) een dringende reden vormt.[212]

Het kan ook echter zo zijn, dat de werkgever – en dat was de situatie die zich in de hiervoor bedoelde Haarlemse casuspositie voordeed – na het verloop van de door hem gestelde "hersteltermijn" uitsluitend ontslaat wegens het in het leven roepen van de betreffende situatie, zonder daarbij uitdrukkelijk (mede) als reden op te geven dat de werknemer heeft geweigerd die situatie op te heffen. In dat geval komt de vraag naar de onverwijldheid van het ontslag wel in volle omvang op en wel omdat dan wordt ontslagen wegens een reden die de werkgever al enige tijd kent en ongebruikt heeft gelaten. Ik zou menen dat er zelfs dan, als de werkgever de

---

210 Er is dan sprake van opgewekt vertrouwen dat – mede gelet op het bepaalde in art. 7:611 BW – niet geschonden mag worden. Zie daarover hierna onder 4.7.6.3.

211 Zie voor een voorbeeld hiervan Ktr. Utrecht 17 december 2004, JAR 2005/24. Werknemer wordt op staande voet ontslagen omdat hij, nadat hem een laatste kans is geboden om zijn overtreding van de controlevoorschriften tijdens ziekte na te leven, volhardt in die overtreding. De juistheid van deze uitspraak is door mij eerder (op een ander punt) in twijfel getrokken en wel omdat ik meen dat, gelet op HR 8 oktober 2004, RAR 2005/1, ook het bij herhaling overtreden van dergelijke voorschriften geen dringende reden kan opleveren. Vide S.F. Sagel, Overtreding van controlevoorschriften als dringende reden II – De Hoge Raad rechts ingehaald?, SR 2005, 38. Steun voor die benadering is te vinden bij D.J.B. de Wolff, Goed werknemerschap, Deventer 2007, p. 199.

212 Zie daaromtrent HR 24 februari 1995, JAR 1995/67, waarin de Rechtbank uit het feit dat een werkgever een werknemer bijna een half jaar de tijd had geboden om een ontoelaatbare situatie te redresseren, afleidde dat het feit dat de werknemer na die periode weigerde om daarvan bewijsstukken te tonen, niet als dringende reden kwalificeerde. De Hoge Raad achtte die benadering niet onbegrijpelijk.

ontslaggrond vanuit het oogpunt van de onverwijldheidseis in zekere zin "onhandig" formuleert, goede redenen zijn om enig tijdsverloop gemoeid met het geven van een kans om een dringende reden ongedaan te maken, onder strikte voorwaarden, niet in strijd te achten met de onverwijldheidseis. Door de hier bedoelde constructie worden immers, net als in de situatie waarin de werkgever het ontslag uitstelt om een minnelijke regeling te beproeven, "de mogelijkheden voor het vinden van een andere, meer bevredigende oplossing dan ontslag wegens een dringende reden vergroot." De gedachte dat een werkgever (zonder daarvoor in de sfeer van de onverwijldheid gestraft te worden) een laatste kans moet kunnen bieden aan de werknemer om terug te keren op de schreden die een dringende vormen, past ook goed bij de gedachte dat een ontslag op staande voet slechts als *ultimum remedium* aangewend behoort te worden, te weten alleen als het echt niet anders kan. Wel ligt het in de rede om aan te nemen – zulks eveneens in het verlengde van het arrest van 13 mei 1983 – dat (i) de periode die de werknemer daartoe geboden wordt slechts kort kan zijn en dat (ii) bovendien wel reeds aan het begin door de werkgever moet zijn aangegeven dat wanneer daarvan geen gebruik wordt gemaakt, ontslag vanwege die dringende reden zal worden gegeven. De hiervoor aangehaalde uitspraak van de Kantonrechter Haarlem lijkt mij, zo bezien, dan ook onjuist, nu daarin pas een maand nadat de werkgever op de hoogte was gekomen van het feit dat de werknemer nevenwerkzaamheden verrichtte en hem was gezegd die nevenwerkzaamheden te staken, nog op die grond – en alleen op die grond – (de nevenwerkzaamheden) werd ontslagen. Zo veel tijdsverloop lijkt mij onverenigbaar met de onverwijldheidseis. De werknemer zal zijn ontoelaatbare gedrag onverwijld moeten staken. Ziet de werkgever daarop niet toe, dan verspeelt hij, op zijn beurt, de onverwijldheid van het ontslag.

2.6.3 Uitstel van de opzegging in verband met nader onderzoek naar andere feiten dan de inmiddels vastgestelde dringende reden

Een ander probleem dat zich rond de onverwijldheidseis kan voordoen op het moment waarop de werkgever zijn vermoeden dat zich een dringende reden voordoet, heeft zien veranderen in de wetenschap dat dat het geval is en hij daarvoor ook het vereiste bewijs heeft vergaard, kan daarin zijn gelegen dat de werkgever op dat moment inmiddels ook het vermoeden heeft gekregen dat de werknemer zich daarnaast ook aan *andere* gedragingen schuldig heeft gemaakt dan alleen de inmiddels vastgestelde ontslaggrond. In zo een geval kan de werkgever het onderzoek vanzelfsprekend voortzetten, in de hoop dat later inderdaad nog aanvullende feiten en omstandigheden komen vast te staan die op zichzelf beschouwd, of in combinatie met de reeds vaststaande feiten, een nieuwe (al dan niet samengestelde) dringende reden opleveren. Worden dergelijke nieuwe feiten ontdekt, dan doet zich geen onverwijldheidsprobleem voor, zo lang de werkgever maar onverwijld ontslaat na ontdekking van die nieuwe dringende reden.

De vraag rijst echter wat rechtens is wanneer de werkgever op basis van dat nadere onderzoek, *geen* aanvullende feiten ontdekt? Het gaat daarbij om een vraag die zich in de praktijk - zo is mijn ervaring - met enige regelmaat voordoet. Heeft de werkgever dan de mogelijkheid verspeeld om alsnog vanwege de reeds eerder ontdekte feiten op staande voet te ontslaan?[213] Ik zou menen dat dat, behoudens

zeer bijzondere omstandigheden, inderdaad het geval is.[214] Als de tot ontslag bevoegde functionaris wetenschap heeft gekregen van het bestaan van een dringende reden dan zal hij die ontslaggrond ook daadwerkelijk moeten gebruiken en wil hij desondanks doorzoeken naar andere feiten die wellicht ook een dringende reden kunnen vormen, dan neemt hij het risico de onverwijldheid van de bestaande dringende reden te verspelen. Dit standpunt vindt bevestiging in een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam, waarin sprake was van een onderzoek naar mogelijke betrokkenheid van een directeur van een bank – Artesia – bij een drietal onregelmatigheden.[215] Een extern onderzoeksbureau werd opdracht gegeven onderzoek te doen naar die onregelmatigheden. Op 24 februari 2000 werd de werknemer door het externe onderzoeksbureau in aanwezigheid van het Hoofd Personeelszaken van de bank uitvoerig gehoord over de verdenkingen en vervolgens op non-actief gesteld. Op 7 april 2000 volgde het ontslag op staande voet, waarbij als dringende reden(en) de op 24 februari 2000 besproken onregelmatigheden werden opgegeven. De werknemer wees erop dat nadien nog slechts was gezocht naar mogelijke andere onregelmatigheden, die echter niet gevonden waren. De Kantonrechter besliste dat van een onverwijld ontslag onder deze omstandigheden geen sprake was. Onvoldoende aannemelijk was geworden, aldus de Kantonrechter, dat op 24 februari 2000 ten aanzien van de feiten die uiteindelijk aan het ontslag ten grondslag werden gelegd nog onvoldoende onzekerheid bestond, respectievelijk redelijkerwijs nog nader onderzoek nodig was. “Wat”, zo vroeg de Kantonrechter zich af, “wist Artesia op 7 april 2000 dat zij niet ook al op 24 februari 2000 wist? Het antwoord op die vraag lijkt vooralsnog te zijn: – vrijwel – niets.” De Kantonrechter achtte om die reden het ontslag niet onverwijld gegeven en voegde daaraan nog de volgende lezenswaardige overweging toe:

> “Anders dan [de bank, toevoeging SFS] kennelijk meent heeft zij niet de vrijheid om vanaf een moment dat de werknemer gehoord is en de feiten waarop zij het ontslag op staande voet wil baseren voor haar voldoende vaststaan, daartoe nog niet over te gaan omdat zij nog andere, haar niet concreet bekende feiten en omstandigheden wil opsporen, welk onderzoek zij dan ongeveer zes weken laat voortduren. Daarmee is de onverwijldheidseis zodanig geschonden dat aangenomen moet worden dat dit aan de beoogde beëindiging in de weg staat.”

Een vergelijkbare redenering spreekt uit een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 19 januari 2006, waarin sprake was van een werknemer die werkzaam was

---

213 De hier bedoelde vraag is ook opgeworpen door V. Disselkoen en C.M. Jakimowicz 2010, SDU Commentaar Arbeidsrecht 66 BW Boek 7 art. 678, C 1.1.4, p. 966, maar is daar nog niet van een antwoord voorzien: "Bedacht moet worden in hoeverre een werkgever, die een feitencomplex constateert dat op zich een dringende reden kan vormen, maar die vermoedt slechts het topje van de ijsberg te hebben ontdekt en met de meest gezwinde spoed een nader onderzoek instelt, welk onderzoek na een maand niet meer boven water haalt dan het reeds bekende topje, dan op grond van dat reeds een maand bekende feitencomplex, alsnog tot een rechtsgeldig ontslag op staande voet mag overgaan, zelfs al is de werknemer gedurende de duur van dit nader onderzoek, hangende de uitkomst, op non-actief gesteld?".

214 Zie hierover ook, zij het zeer kort, mijn bijdrage Ontslag op staande voet voor zover vereist – wie Aaa zegt, mag geen bee meer zeggen?, SR 2007, 23, onder 10.

215 Ktr. Amsterdam 18 mei 2000, JAR 2000/156.

als manager IT infrastructuur.[216] Hij had zich schuldig gemaakt aan verschillende ernstige vormen van misbruik van de computerfaciliteiten van zijn werkgeefster, Corio. Onder meer had hij die faciliteiten aangewend voor het illegaal downloaden en kopiëren van softwareprogramma's en had hij de server van de werkgever ingericht als extern te benaderen spelletjesserver. De werkgever had de betreffende feiten – die, mede gelet op de functie van de werknemer, zeer goed als dringende reden hadden kunnen kwalificeren – op 6 juli 2003 met de werknemer gedeeld en hem bij brief d.d. 7 juli 2003 bevestigd dat hij om die reden op non actief was gesteld en dat zo spoedig mogelijk een ontbindingsverzoek zou worden ingediend. Bij brief d.d. 11 juli 2003 werd de werknemer alsnog ontslagen op staande voet, waarbij werd aangevoerd dat nader onderzoek "nieuwe feiten en omstandigheden" naar voren had gebracht. Het ontslag hield geen stand omdat in de procedure niet bleek dat er inderdaad nieuwe feiten waren ontdekt na de brief d.d. 7 juli 2003 en wegens de feiten die voordien reeds waren gebleken niet meer kon worden ontslagen, omdat de werkgever ter zake van die feiten de onverwijldheid had verspeeld (door niet over te gaan tot ontslag maar aan te kondigen ter zake een ontbindingsverzoek te zullen indienen).

Ik meen dat de opvatting die spreekt uit deze uitspraken juist is. Die opvatting zal ook zelden tot onaanvaardbare resultaten leiden, al is het maar omdat de werkgever ook na een ontslag nog nader onderzoek kan doen naar mogelijke andere misstanden en één dringende reden voor de beëindiging van het dienstverband volstaat. Bovendien zal het in de meeste gevallen juist in het belang zijn van de werkgever om, *na* constatering van een dringende reden, zo spoedig mogelijk op staande voet te ontslaan, zodat de verplichting tot betaling van loon ook zo snel mogelijk eindigt. Dit alles geldt des te sterker nu de werkgever, wanneer hij op grond van onderzoek dat na een ontslag op staande voet wordt voortgezet, (een) nieuwe dringende reden(en) ontdekt, deze niet ongebruikt hoeft te laten. Hij kan die aanvullende dringende reden bijvoorbeeld aanwenden om een veiligheidsnet te spannen onder het reeds gegeven ontslag op staande voet, door (mede) op basis van die nieuw ontdekte gronden nogmaals voor zover vereist – dat wil zeggen: voor zover het eerste ontslag rechtskracht zou missen – op staande voet te ontslaan of ontbinding te vragen.[217]

Ondanks dat alles zou ik menen dat het desondanks denkbaar is dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen voordoen waarin het belang van de werkgever om, nadat een dringende reden is komen vast te staan en daarvan ook bewijs is vergaard, niet meteen te ontslaan, maar eerst nader onderzoek te doen naar mogelijke andere ontslaggronden, zo zwaar kan wegen dat het geoorloofd geacht moet worden dat de werkgever het ontslag wegens die eerdere dringende reden uitstelt tot na dat nadere onderzoek en dat hij dat ontslag dan ook nog mag geven als dat nadere onderzoek niets naders heeft opgeleverd. Een vergelijkbaar scenario kan zich ook

---

216 Hof Amsterdam 19 januari 2006, JAR 2007/283; tegen het arrest van het Hof werd cassatieberoep ingesteld, maar daarin speelde het onverwijldheidspunt geen rol.

217 Zie over het ontslag op staande voet voor zover rechtens vereist en de ontbinding voor zover rechtens vereist S.F. Sagel, Het ontslag op staande voet voor zover vereist, wie aaa zegt mag geen bee meer zeggen?, SR 2007, 23, naar aanleiding van Hof Leeuwarden 24 januari 2007, RAR 2007/53 en JAR 2007/142, waarin die mogelijkheid ten onrechte van de hand werd gewezen.

voordoen wanneer bij een werkgever in het kader van het onderzoek naar een vermoedelijke dringende reden – die inmiddels is vast komen te staan – het vermoeden is gerezen dat *andere* werknemers zich eveneens schuldig hebben gemaakt aan gedrag dat als zodanige ontslaggrond kwalificeert. Ook dan zijn uitzonderlijke situaties denkbaar waarin het geoorloofd is dat de werkgever, hangende het onderzoek naar de andere werknemers, het ontslag van de eerste werknemer aanhoudt en hem – na afloop van het onderzoek naar de andere werknemers – alsnog alleen wegens de dan al enige tijd bekende dringende reden ontslaat. In feite komen de hier bedoelde scenario's, zeker wanneer het nadere onderzoek meer dan een aantal dagen in beslag neemt, neer op het terzijde schuiven van de eis van onverwijld ontslag, althans schurken zij daar zo dicht tegenaan dat zij met het ecarteren van de onverwijldheidseis op een lijn te stellen zijn. Dat betekent naar mijn mening niet dat de mogelijkheid daarmee per definitie niet bestaat; ook een tussen partijen geldende wettelijke ontslagregel zoals de onverwijldheidseis kan immers via de band van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid terzijde worden geschoven. Bovendien overwoog de Hoge Raad in een arrest uit 1996, zij het dat de betekenis van die overweging in het betreffende arrest niet verder werd uitgewerkt, dat een ontslag op staande voet dat niet onverwijld wordt gegeven, *behoudens bijzondere omstandigheden*, niet rechtsgeldig is. Doen die bijzondere omstandigheden zich voor, dan kan er in zeer bijzondere gevallen klaarblijkelijk een uitzondering op die regel worden aanvaard.[218]

Dat hier in feite sprake is van het terzijde schuiven van een wettelijke eis, betekent wel dat de lat voor de werkgever erg hoog ligt.[219] Hij zal moeten aantonen dat sprake is van een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar resultaat wanneer het hem niet zou worden toegestaan om het ontslag op staande voet van een werknemer, ten aanzien van wie hij een dringende reden heeft ontdekt, uit te stellen tot na het uitvoeren van nader onderzoek, ook als dat nadere onderzoek ten aanzien van de desbetreffende werknemer geen nieuwe bevindingen heeft opgeleverd. Het komt bij de afweging of zich zo een situatie voordoet, aan op een afweging van de omstandigheden van het geval.[220] Daarbij zal een aantal omstandigheden met name van gewicht zijn. In de eerste plaats zal daarbij gekeken moeten worden naar de vraag of de werkgever een valide en zwaarwegende reden had om het ontslag niet meteen na de vaststelling van de dringende reden te effectueren. Daarvan zal sprake kunnen zijn wanneer het vermoeden van andere misstappen (van de werknemer zelf of van andere werknemers) zeer ernstige feiten betreft en bovendien de gerechtvaardigde vrees bestaat dat die feiten, wanneer het ontslag meteen zou worden geëffectueerd, in het geheel niet meer opgehelderd zullen worden. Er moet, anders gezegd, een nijpend opsporingsbelang zijn aan de zijde van de werkgever dat ertoe noopt de hem bekende dringende reden niet te gebruiken. Is dat belang er niet, dan kan het ontslag immers net zo goed meteen worden gegeven en daarna worden doorgezocht. Ook de aard en de ernst van de reeds vaststaande dringende reden zal

218 HR 27 september 1996, NJ 1997, 42, rov. 3.3.

219 Zie voor een recent voorbeeld waarin een wettelijke ontslagrechtelijke regel (de vervaltermijn van art. 9 BBA) langs de band van art. 6:248 lid 2 BW terzijde werd geschoven: Hof Amsterdam 12 oktober 2010, JAR 2010/287, LJN: BO4969 en HR 22 juni 2012, JAR 2012/189.

220 Zie HR 22 juni 2012, NJ 2012, 396.

kunnen meewegen in de beoordeling en ook hier zal weer gelden dat naarmate die dringende reden ernstiger is, des te minder snel het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar zal zijn dat een werknemer zich op het standpunt kan stellen dat hij, wegens het verstrijken van enige additionele onderzoekstijd, niet meer op grond van die reden zal kunnen worden ontslagen.

In de afweging of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat een werkgever, die een dringende reden niet meteen heeft ingezet teneinde nader onderzoek te kunnen doen naar andere feiten en omstandigheden, daarmee de onverwijldheid van een wegens die reden te geven ontslag heeft verspeeld, zal een belangrijk tegenargument gelegen zijn in het bestaan van alternatieve beëindigingsroutes. De werkgever kan er immers, wanneer hij omwille van de opsporing van andere feiten een dringende reden vooreerst niet "inzet" – en uit dat nadere onderzoek geen nieuwe, aanvullende dringende redenen met betrekking tot de desbetreffende werknemer blijken – na dat onderzoek ook voor kiezen om de "oude" dringende reden te gebruiken als ontslaggrond in een andere ontslagroute, waarin de onverwijldheidseis niet geldt. In dat verband kan in de eerste plaats worden gedacht aan de ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW. In die procedure kan, al wordt daar door sommige auteurs anders over gedacht, zonder dat daarbij de eis van onverwijldheid geldt, ontbinding worden verzocht wegens omstandigheden die een dringende reden zouden hebben gevormd als op die grond zou zijn opgezegd. Een terzijde schuiven van de onverwijldheidseis – langs de zojuist uiteengezette lijnen – lijkt dan ook slechts in daadwerkelijk uitzonderlijke situaties mogelijk, waarin gezegd kan worden dat het, na het tijdsverloop gemoeid met het nadere onderzoek, ook nog moeten afwachten van zo een alternatieve (ontbindings)procedure, gelet op de ernst van de zaak, onaanvaardbaar is. Dat is een zo uitzonderlijk scenario, dat daarvan in de praktijk nauwelijks sprake zal zijn. De voorgaande analyse brengt dus, al met al, met zich dat de werkgever die, nadat hij de wetenschap en het bewijs van een dringende reden heeft verkregen, hangende nader onderzoek naar andere feiten en omstandigheden, niet overgaat tot ontslag op staande voet op grond van die dringende reden, daarmee – behoudens zeer exceptionele omstandigheden – de mogelijkheid zal hebben verspeeld om *alleen* op die grond op staande voet te ontslaan. Slechts als uit het aanvullende onderzoek additionele bevindingen komen met betrekking tot de desbetreffende werknemer die aan de reeds bestaande dringende reden kunnen worden toegevoegd, zal ontslag op staande voet dan nog een daadwerkelijk kansrijke optie zijn. Worden dergelijke additionele feiten niet ontdekt, dan zal de werkgever – zeer bijzondere omstandigheden daargelaten – met de dringende reden die hij niet onverwijld heeft gebuikt moeten uitwijken naar, bijvoorbeeld, een ontbindingsprocedure.

> Het is vooral Kuip geweest, die heeft betoogd dat een werkgever die wegens een dringende reden ontbinding vraagt, een zelfde mate van onverwijldheid moet betrachten als wanneer hij wegens diezelfde dringende reden zou willen opzeggen.[221] Dat brengt mee dat wanneer een

221 Zie S.W. Kuip, a.w., p. 81 e.v., alsmede zijn noot onder Ktg. Groningen 1 oktober 1990, Prg. 1991, 3419. Op dat spoor zitten ook T.W.J. Phaff, Naar een nieuw ontslagrecht, Arnhem 1986, p. 106 en L.W.H. van den Heuvel, De redelijkheidstoetsing van ontslagen, Deventer 1983, p. 117.

werkgever na de ontdekking van een dringende reden, deswege niet onmiddellijk ontbinding vraagt, geen ontbinding wegens een dringende reden meer zou moeten verkrijgen. Ik geloof niet in de juistheid van die benadering. De tekst van de wet wijst daarvoor te duidelijk een andere kant op. Art. 7:685 lid 1 BW bepaalt immers dat de werkgever "te allen tijde" ontbinding kan vragen wegens gewichtige redenen, waaronder blijkens lid 2 zijn te verstaan "omstandigheden die een dringende reden als bedoeld in artikel 7:677 lid 1 BW zouden hebben opgeleverd indien de arbeidsovereenkomst deswege onverwijld opgezegd zou zijn", alsmede "veranderingen in de omstandigheden" die maken dat het dienstverband snel moet eindigen. In de bewoordingen van de eerstgenoemde ontbindingsgrond ligt naar mijn mening besloten dat de onverwijldheidseis in het kader van art. 7:685 nu juist niet geldt; die eis wordt immers in die bepaling juist alleen gekoppeld aan de opzeggingsroute van art. 7:677 BW. Kuip stelt hier tegenover dat bovendien in het begrip "dringende reden" de eis van onverwijldheid besloten ligt. Dat argument heeft, zeker sinds de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, zeer veel aan kracht ingeboet, nu blijkens het voorgaande sedert die wetswijziging het vereiste van onverwijld ontslag als afzonderlijk rechtsgeldigheidsvereiste voor een ontslag op staande voet in art. 7:677 lid 1 BW is verankerd, zulks *naast* – of beter: los van – het vereiste van een dringende reden. Dat het begrip dringende reden ook de onverwijldheid van het ontslag omvat, lijkt mij – hoewel die eis wel is ontstaan uit het begrip dringende reden; zie hiervoor onder 2.2 – niet langer juist. Veeleer is thans sprake van twee naast elkaar staande vereisten, die weliswaar samenhangen maar toch onderscheiden kunnen en moeten worden. Maar zelfs als men, met Kuip, de mening zou zijn toegedaan dat in het begrip "dringende reden" nog steeds ook de eis van onverwijlde beëindiging besloten ligt, dan nog valt bij lezing van art. 7:685 BW niet in te zien dat een ontbindingsprocedure wegens een "dringende reden" even onverwijld zou moeten worden geëntameerd als ontslag wegens diezelfde dringende reden gegeven moet worden. *Close reading* van art. 7:685 BW leert namelijk dat aan een ontbindingsverzoek op grond van die bepaling niet "dringende redenen in de zin van art. 7:677 BW" ten grondslag kunnen worden gelegd, maar "*omstandigheden* die een dringende reden zouden hebben opgeleverd, als er opgezegd zou zijn". Zelfs als in het begrip dringende reden dus (nog steeds) een onverwijldheidseis besloten zou liggen, maakt dat niet dat een ontbindingsverzoek wegens de eerste in art. 7:685 lid 2 BW genoemde grond onverwijld moet worden gedaan, nu die grond niet een dringende reden is; het gaat om *omstandigheden* die als zodanig *zouden hebben* gekwalificeerd als er opgezegd was. Dat alles geldt nog eens te meer, nu in lid 1 van art. 7:685 BW zo duidelijk is opgenomen dat ontbinding "te allen tijde" kan worden gevraagd en zich ook daarmee slecht verdraagt aan te nemen dat bij ontbinding wegens omstandigheden die bij opzegging een dringende reden *zouden hebben* gevormd, onverwijld moet worden gehandeld. Als indiening van een ontbindingsverzoek wegens omstandigheden die een dringende reden *zouden hebben* opgeleverd als deswege opgezegd *zou zijn*, snel moet hebben plaatsgevonden nadat die omstandigheden zich hebben voorgedaan, kan zo een verzoek dus niet meer "te allen tijde" worden gedaan.[222]

2.6.4 Voortzetting van extern onderzoek in opdracht van de werkgever na vaststelling van een dringende reden; het belang van tussentijdse rapportage

De vraag rijst verder hoe de onder 2.6.3 beschreven problematiek zich verhoudt tot de situatie waarin een werkgever bij wie het vermoeden van een dringende reden is

222 Steun voor de hier bepleite opvatting valt te vinden bij W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer 2011, p. 448 en 449, alsmede bij M.G. Rood, Over de goede trouw in het ontslagrecht, in: Blinde vlekken in het sociaal recht, Deventer 1986, p. 135; J.J. Groen, Rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, Voerendaal, 1989, p. 135. R.M. Beltzer, Rechtspraak Ontslag op staande voet, Deventer 2004, p. 64.

ontstaan, het onderzoek daarnaar heeft uitbesteed aan een extern onderzoeksbureau. Meer in het bijzonder komt daarbij de vraag op wat rechtens is wanneer een externe onderzoeker, nadat hij aantoonbaar heeft vastgesteld dat zich een dringende reden voordoet, het onderzoek vervolgens voortzet zonder zijn bevindingen op dat moment te delen met zijn opdrachtgever en hij na dat moment geen nieuwe bevindingen meer doet. Kan de opdrachtgever dan toch nog wanneer hij geruime tijd na het moment waarop de dringende reden vast kwam te staan in het onderzoek, kennis neemt van de eindrapportage van de onderzoeker wegens een dringende reden ontslaan, zulks met een beroep op het argument dat de dringende reden voor hem pas vaststond toen hij kennis nam van de eindrapportage van de onderzoeker?

Ik zou menen dat die vraag ontkennend beantwoord moet worden. Zoals hiervoor al is aangegeven, mag een werkgever bij wie het vermoeden is ontstaan dat zich een bepaalde dringende reden voordoet, het onderzoek naar de gegrondheid van dat vermoeden zonder meer uitbesteden aan een externe onderzoeker, maar ontslaat hem dat niet van de verplichting daarbij voortvarend te (laten) handelen. Een werkgever kan zich niet door het *outsourcen* van de onderzoeksbevoegdheid onttrekken aan de verplichtingen die de onverwijldheidseis hem anders zou opleggen. Dat brengt mijns inziens mee dat een werkgever de door hem ingeschakelde onderzoeker moet instrueren om zodra hij heeft vastgesteld dat zich de vermoedelijke dringende reden waarnaar onderzoek wordt gedaan inderdaad voordoet en daarvan ook bewijs is bijeengebracht, per omgaande op de hoogte te stellen. Gebeurt dat niet, en wordt na dat moment door de onderzoeker, achteraf gezien: zonder resultaat, doorgezocht naar mogelijke andere misstappen, dan brengt dat mee dat de werkgever de onverwijldheid van het ontslag in beginsel zal hebben verspeeld conform hetgeen hierboven onder 2.6.3 is opgemerkt. Dit betekent dat ook externe onderzoekers zich goed bewust moeten zijn van de verplichtingen die de onverwijldheidseis de werkgever oplegt wanneer deze een vermoeden van een dringende reden heeft geconstateerd. Handelen zij niet voortvarend genoeg en delen zij de kennis en het bewijs van een dringende reden niet met hun opdrachtgever, zodra zij die kennis hebben, dan kan dat die opdrachtgever de mogelijkheid kosten om rechtsgeldig op staande voet te ontslaan.

Het hier aangeroerde punt is bepaald van meer dan theoretisch belang, omdat onderzoeksbureaus, forensisch accountants voorop, vaak terughoudend zijn in het doen van tussentijdse rapportages aan de opdrachtgever en deelname van werknemers van de opdrachtgever aan hun onderzoek – waardoor die opdrachtgever het verloop van het onderzoek kan monitoren – niet toejuichen.

In de hiervoor al eerder aangehaalde praktijkhandreiking 1112 van het Nivra wordt het uitbrengen van tussentijdse rapportages bijvoorbeeld aangemerkt als een "bedreiging" van de door accountants in acht te nemen fundamentele beginselen van integriteit, objectiviteit, en professioneel handelen.[223] Zulks terwijl de inschakeling van een medewerker van de opdrachtgever daarin wordt bestempeld als een bedreiging voor de in acht te nemen fundamentele beginselen van objectiviteit en deskundigheid en zorgvuldigheid.[224] De vraag rijst hoe zich dit verhoudt tot de zojuist

223 Praktijkhandreiking 1112 onder 5.6.4.
224 Praktijkhandreiking 1112 onder 5.6.3.

aangestipte problematiek: juist tussentijdse rapportages en betrokkenheid van een medewerker van de opdrachtgever bij een extern onderzoek kunnen er immers toe leiden dat een werkgever reeds op het moment dat het uitbestede onderzoek leidt tot bevestiging van het vermoeden dat een dringende reden bestaat, daarvan wetenschap verkrijgt (zodat hij dus onverwijld daarna kan ontslaan).

Ik denk dat de "spanning" die ogenschijnlijk bestaat tussen de behoefte van de werkgever om zodra een extern onderzoek tot de bevestiging en het bewijs van een dringende reden heeft geleid, daarvan per omgaande op de hoogte te worden gesteld enerzijds en de zojuist genoemde "gedragsrechtelijke" bezwaren tegen tussentijdse rapportages en betrokkenheid van een medewerker van de opdrachtgever bij het onderzoek anderzijds, niet tot onoverkomelijke problemen zou moeten leiden. Is slechts sprake van een beperkt onderzoek naar één specifieke handelwijze van één bepaalde werknemer die vermoedelijk een dringende reden oplevert, dan zal een tussentijdse rapportage niet nodig zijn. Met het verkrijgen van de zekerheid dat de werknemer zich inderdaad aan de betreffende handelwijze heeft schuldig gemaakt, is het onderzoek immers afgerond en kan het eindverslag worden gepresenteerd. Anders kan de zaak liggen als een onderzoeker de opdracht krijgt om een aantal gedragingen te onderzoeken die vermoedelijk ieder voor zich een dringende reden opleveren. In dat geval, zo zou ik menen, heeft de werkgever er recht op en belang bij om zodra ten aanzien van een of meer van die gedragingen vast komt te staan dat zij zich inderdaad hebben voorgedaan, terwijl ten aanzien van de rest van de te onderzoeken gedragingen die duidelijkheid nog niet bestaat, daarover tussentijds te worden geïnformeerd. Alleen op die manier kan worden voorkomen dat, wanneer het onderzoek naar de resterende punten – dat nog geruime tijd in beslag kan nemen – niets meer oplevert, de onverwijldheid ten aanzien van de reeds geverifieerde en gegrondbevonden dringende reden verspeeld is. De zojuist genoemde Praktijkhandreiking biedt die mogelijkheid ook, omdat daarin een aantal "mogelijk te treffen waarborgen" worden aangereikt door middel waarvan de bedreiging kan worden gemitigeerd. Daarin ligt besloten dat er – klaarblijkelijk – geen sprake is van een in graniet gebeiteld verbod op tussentijdse rapportage, maar dat zo een tussentijdse rapportage toelaatbaar kan zijn, mits aan waarborgen is voldaan. Neemt men vervolgens van die waarborgen kennis, dan gaat het daarbij onder meer om het "vaststellen of de reden van de opdrachtgever om tussentijds op de hoogte te worden gehouden valide is" en om het uitbrengen van een "schriftelijke tussentijdse rapportage". Gelet hierop lijkt het me zonder meer in lijn met de genoemde Praktijkhandreiking dat wanneer in het kader van een grootschaliger onderzoek op enig moment komt vast te staan dat een van de verdenkingen tegen een bepaalde werknemer juist is, zulks op dat moment tussentijds schriftelijk wordt gerapporteerd; de valide reden van de werkgever om die informatie op dat moment te willen verkrijgen is gelegen in het risico anders de onverwijldheid ten aanzien van de desbetreffende ontslaggrond te kunnen verspelen. Anders gezegd: de werkgever heeft er een legitiem belang bij om op dat moment zelf de afweging te kunnen maken of hij op dat moment wil ontslaan, of pas op het moment dat ook de overige vermoedens zijn onderzocht.

2.6.5 Tijdsverloop door regels inzake totstandkoming ontslagbesluit

De tijd die de werkgever nog rest vanaf het moment dat voor hem vaststaat dat zich een dringende reden voordoet – en hij daarvan ook bewijs heeft – tot het moment waarop het ontslag uiterlijk moet zijn gegeven, wordt – tot slot – ook bepaald door regels van wettelijke, statutaire of contractuele aard die de ontslagbesluitvorming reguleren.

2.6.5.1 De statutair directeur

Het voorbeeld bij uitstek in dit verband wordt gevormd door de regels die de besluitvorming om te komen tot het ontslag van een statutair directeur omgeven. Zoals hiervoor onder 2.3.6 reeds aan de orde is geweest, ligt de bevoegdheid tot het nemen van een ontslagbesluit bij een besloten vennootschap en een naamloze vennootschap die niet aan het structuurregime onderworpen is, bij de aandeelhouders.[225] Uit de wet vloeien daarbij eisen voort inzake de oproepingstermijn die in acht genomen moeten worden voor vergaderingen van aandeelhouders, vergaderingen waarop het ontslag van een statutair bestuurder geagendeerd staat, daaronder vanzelfsprekend begrepen. Zo bepaalt art. 2:115 dat de termijn voor oproeping voor een algemene vergadering 15 dagen moet zijn, zodat tussen de dag van de oproeping en de dag van de vergadering ten minste 14 dagen liggen. Uit art. 2:225 BW volgt dat die termijn korter is bij de B.V., daar geschiedt de oproeping niet later dan op de achtste dag vóór die van de vergadering.[226] Wanneer deze oproepingstermijnen niet in acht zijn genomen, kunnen geldige besluiten slechts worden genomen met algemene stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is.[227]

De vraag rijst hoe deze oproepingstermijnen zich verdragen met het onverwijldheidsvereiste. In de oproeping voor de ontslagvergadering zullen de redenen voor het te geven ontslag vermeld moeten staan, zodat de tot ontslag bevoegde aandeelhouders daarvan in een regulier besluitvormingsproces uiterlijk twee weken, respectievelijk acht dagen, voor de vergadering op de hoogte komen. Kan er dan toch twee weken, respectievelijk acht dagen, gewacht worden, alvorens de volgende stap in het ontslagtraject wordt gezet? Ik zou menen dat die vraag inderdaad bevestigend beantwoord kan worden en dat, wanneer de wettelijke en statutaire oproepingstermijnen in acht zijn genomen, van werkgeverszijde niet gevreesd behoeft te worden dat daarmee de onverwijldheid kan worden verspeeld.

Voor dit standpunt valt allereerst steun te vinden in het hiervoor reeds besproken arrest van 20 januari 1921, waarin de Hoge Raad besliste dat, nu een ontslag was gegeven in de eerste "*op wettige wijze* bijeengeroepen algemene vergadering van

225 Zie de artt. 2:134 respectievelijk 2:244 BW.

226 Deze wijziging is per 1 oktober 2012 in werking getreden ten gevolge van de invoering van de Wet Flex B.V.

227 Datzelfde geldt ook wanneer de oproeping is uitgegaan van een daartoe onbevoegde instantie, of indien de oproeping om een andere reden ongeldig is geschied. Vide HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101.

aandeelhouders" de Rechtbank zonder schending van enige rechtsregel heeft kunnen concluderen dat het ontslag onverwijld gegeven was.[228] Daarin lijkt besloten te liggen dat de Hoge Raad van mening is dat wanneer een vergadering op wettige wijze is bijeengeroepen – en dat is het geval wanneer de hiervoor bedoelde oproepingstermijn, alsmede een aantal andere formaliteiten, in acht zijn genomen – daarin geen schending van de onverwijldheidseis gelegen kan zijn. Er is recente lagere rechtspraak die dat standpunt bevestigt. In een belangwekkende uitspraak van 6 augustus 2008 had het Gerechtshof te Leeuwarden te oordelen over een bijzondere casuspositie.[229] In die zaak was sprake van twee opeenvolgende ontslagen op staande voet, om dezelfde dringende reden. Aan het eerste ontslagbesluit, dat was genomen tijdens een ontslagvergadering op 7 februari 2008, kleefde een gebrek dat leidde tot vernietigbaarheid van het besluit. De betreffende bestuurder was niet in staat gesteld op grond van het bepaalde in art. 2:224 BW zijn raadgevende stem ten aanzien van het voorgenomen besluit uit te brengen.[230] De nietigheid werd op 19 februari 2008 ingeroepen. Er werd vervolgens op 27 februari 2008 een nieuwe vergadering bijeen geroepen en wel, met inachtneming van de (toen geldende) wettelijke oproepingstermijn, op 14 maart 2008. Tijdens die vergadering werd het besluit tot ontslag op staande voet genomen; vanuit vennootschaprechtelijk perspectief kleefde aan dat tweede besluit, naar tussen partijen in confesso was, geen gebrek. De werknemer kwam evenwel in rechte toch tegen het ontslag op, zich daartoe – onder meer – op het standpunt stellende dat het tweede ontslag niet onverwijld gegeven was, zodat daaraan ditmaal een arbeidsrechtelijk gebrek kleefde. Het Hof deelde dat standpunt niet en stelde bij zijn beoordeling voorop dat de arbeidsrechtelijke eis dat een ontslag op staande voet onverwijld moet worden gegeven, op gespannen voet staat met de eisen die boek 2 BW stelt teneinde op een algemene vergadering van aandeelhouders te nemen besluiten niet te kunnen aantasten. Het Hof verwees, waar het die gespannen relatie betreft, met zoveel woorden op de hiervoor genoemde oproepingstermijn en kwam vervolgens tot de beslissing dat de door hem geconstateerde spanning aldus moet worden opgelost "dat het antwoord op de vraag of aan de eis van onverwijldheid is voldaan in gevallen als het onderhavige, moet worden gegeven met inachtneming van de eisen die het vennootschapsrecht daaraan stelt." Anders gezegd: worden de vennootschapsrechtelijke termijnen in acht genomen, dan kan de werknemer in dat enkele feit geen aanleiding vinden om zich te beklagen over het ontbreken van de onverwijldheid. Ik zou menen dat die benadering, die ook spreekt uit een vonnis van de Voorzieningenrechter in de Rechtbank Zutphen uit 2010,

228 NJ 1921, 359.

229 Hof Leeuwarden 6 augustus 2008, RAR 2008/150 en JAR 2008/242 (m.nt. Knipschild). Zie daarover: L.G. Verburg, De statutair directeur in de jaren 2008 en 2009, ArbeidsRecht 2010, 6; R.J. van der Ham, Ontslag van de statutair bestuurder, TAP special 2010, 1.

230 Zie daarover nader: HR 10 maart 1995, NJ 1995, 595 m.nt. Ma, alsmede W. Bosse, De raadgevende stem van bestuurders en commissarissen, JBN 1997 (3), 30; E.S. de Bock, De vennootschapsrechtelijke aantasting van ontslagbesluiten, TVVS 1998, 12; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 340; C.A. Schwarz, Goede raad is duur; motiveringsplicht hoorrecht en raadgevende stem bij ontslag van bestuurders, WPNR 6190 (1995), p. 527 e.v.

juist is.[231] Zulks niet alleen omdat een interpretatie van de in art. 7:677 BW verankerde onverwijldheidseis die *in lijn* is met het in art. 2:115 en art. 2:225 BW bepaalde, meer in de geest van de wetgever lijkt, dan een interpretatie die de beide bepalingen *in strijd* met elkaar laat zijn. Maar zulks ook, omdat de oproepingstermijn een doel dient, dat blijkens het *GTM-arrest* volgens de Hoge Raad in aanmerking mag worden genomen bij het bepalen van de tijd die genomen mag worden alvorens tot ontslag op staande voet wordt gekomen, te weten zorgvuldige besluitvorming ter voorkoming van achteraf onjuiste besluiten. De oproepingstermijn beoogt een zorgvuldige voorbereiding van de besluitvorming ter vergadering mogelijk te maken, zulks primair door de aandeelhouders, maar daarnaast ook door de bestuurder wiens ontslag geagendeerd is en die ter zake een raadgevende stem heeft in die vergadering. Ook dat spreekt ervoor inachtneming van de wettelijke oproepingstermijn niet, in zichzelf, strijdig te achten met de onverwijldheidseis. Men kan het ook andersom zeggen. Juist door de onverwijldheidseis niet geschonden te achten door het in acht nemen van de wettelijke oproepingstermijn, wordt voorkomen dat van werkgeverszijde de noodzaak wordt gevoeld om die termijnen te omzeilen bijvoorbeeld door, zoals dat heet, buiten vergadering tot besluitvorming te geraken op een zodanig korte termijn dat de werknemer nauwelijks een faire kans krijgt om zich tegen het ontslagvoornemen te verweren.

Dat alles betekent overigens niet dat bij een bestuurdersontslag de onverwijldheidseis geen problemen kan opleveren wanneer de oproepingstermijn maar in acht is genomen. De zojuist besproken Leeuwardense zaak is daarvan een goed voorbeeld. Het Hof besliste daarin niet alleen dat het antwoord op de vraag of aan het onverwijldheidsvereiste is voldaan in bestuurderszaken moet worden gegeven met inachtneming van de eisen die het vennootschapsrecht stelt, zodat in de inachtneming van die termijn geen schending van het onverwijldheidsvereiste kon worden gelezen, maar ook dat van zo een schending *voor het overige* in het licht van de hiervoor beschreven feiten geen sprake was. De juistheid van die laatste beslissing valt te betwijfelen en wel omdat het tot ontslag bevoegde orgaan – de algemene vergadering van aandeelhouders – in de bijzondere omstandigheden van dat geval al geruime tijd voordat de uitnodiging voor de tweede ontslagvergadering werd ontvangen – op 27 februari 2008 – op de hoogte was van (het vermoeden van) de dringende reden die uiteindelijk als ontslaggrond werd gehanteerd. Die ontslaggrond was immers al minstens 20 dagen voordien aan hen bekend, te weten op 7 februari 2008, toen vanwege exact diezelfde dringende reden al voor de eerste keer was ontslagen. Er – met het Hof – van uitgaande dat het tijdsverloop tussen de oproep van 27 februari en de vergadering op 14 maart 2008 onverwijldheidstechnisch niet op problemen stuit nu daarmee een wettelijke oproepingstermijn werd gevolgd, blijft wel de vraag of het tijdsverloop van 7 februari 2008 tot die tweede oproep niet te lang is geweest om nog van een onverwijld ontslag te spreken; enige nieuwe, aanvullende

231 Rb. Zutphen 9 februari 2010, LJN: BL3063, waarin werd overwogen dat de eis van voortvarendheid/onverwijldheid niet zo ver strekt dat ontslag op staande voet onmiddellijk moet volgen: "Zo kan en mag tijd worden genomen voor het uitvoeren van een onderzoek en om te kunnen voldoen aan andere formele vereisten, zoals het in acht nemen van de regels van het vennootschapsrecht voor het deugdelijk bijeenroepen van een Algemene Vergadering van Aandeelhouders (AVA) en van een Algemene Ledenvergadering (ALV)."

ontslaggrond was immers na 7 februari 2008 niet meer opgekomen en enig nader onderzoek was vanaf dat moment tot 20 februari 2008 evenmin verricht. De zaak lag in die periode, zoals dat heet, stil. Ik twijfel dan ook of het Hof op dat punt de juiste beslissing nam.[232]

2.6.5.2 Art. 30 WOR

Sommige statutair directeuren zullen tevens bestuurder zijn in de zin van de Wet op de Ondernemingsraden. Het bestuurderschap in de zin van de WOR hoeft evenwel niet samen te vallen met bestuurderschap in de zin van boek 2 BW, omdat de WOR zijn eigen begrippenkader kent. Een bestuurder in de zin van de WOR is ingevolge art. 1 lid 1 sub e WOR hij die alleen dan wel samen met anderen in een onderneming rechtstreeks de hoogste leiding uitoefent. Niet elke statutair directeur in de zin van boek 2 BW behoeft zich daarmee bezig te houden en niet elke bestuurder in de zin van de WOR is benoemd tot bestuurder in de zin van Boek 2 BW.

Ten aanzien van bestuurders in de zin van art. 1 lid 1 sub e WOR is in art. 30 lid 1 WOR bepaald dat de ondernemingsraad door de ondernemer in de gelegenheid wordt gesteld advies uit te brengen over elk door hem voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder. In lid 2 wordt daaraan toegevoegd dat dat advies op zodanig moment moet worden ingewonnen dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Voorts is in lid 3 bepaald dat de ondernemingsraad geïnformeerd behoort te worden over de beweegredenen voor het voorgenomen ontslag. De laatste volzin van art. 30 WOR brengt met zich dat een aantal bevoegdheden van de ondernemingsraad bij een reguliere adviesprocedure in de zin van art. 25 WOR van overeenkomstige toepassing is.[233] Dat betekent, kort gezegd, dat er minstens eenmaal overleg moet hebben plaatsgevonden in een overlegvergadering en dat de ondernemingsraad, nadat het besluit is genomen, daarvan zo spoedig mogelijk schriftelijk in kennis wordt gesteld. Wordt afgeweken van het uitgebrachte advies, dan moet dat gemotiveerd geschieden.

Het spreekt voor zich dat met een adviestraject ex art. 30 WOR tijd gemoeid gaat. Rood en Van der Heijden hebben de vraag opgeworpen hoe dat tijdsverloop zich verhoudt tot de onverwijldheidseis bij ontslag op staande voet. Zij constateren dat het adviesrecht ex art. 30 WOR de ondernemer in dat geval in moeilijkheden kan brengen, omdat enerzijds art. 7:677 BW vereist onverwijld te handelen terwijl art. 30 WOR hem ertoe verplicht eerst – en tijdig – advies van de OR in te winnen. Rood en Van der Heijden zien de oplossing voor dit dilemma erin dat de bestuurder direct op non-actief wordt gesteld, onder aankondiging dat over het voornemen hem op staande

232 Overigens gebiedt de eerlijkheid wel te zeggen dat voor het oordeel van het Hof wel steun lijkt te putten uit HR 21 januari 1921, NJ 1921, 359. Daarin was immers ook sprake van een ontslag op staande voet dat werd gegeven in een tweede ava, die plaatsvond ongeveer een maand na een eerdere ava waarin een ontslag op dezelfde gronden was geagendeerd, maar waarin twijfel was gerezen omtrent de geldigheid van de bijeenroeping en om die reden in het geheel geen besluit was genomen. De Rechtbank achtte dat ontslag onverwijld gegeven en de Hoge Raad liet die beslissing in stand.

233 Het gaat daarbij om hetgeen in art. 25 lid 4 en in art. 25 lid 5 WOR, eerste en tweede volzin is bepaald.

voet te ontslaan, het vereiste advies wordt gevraagd. Onjuist achten zij een benadering waarin wordt betoogd dat een ontslag op staande voet niet binnen het bereik van art. 30 WOR zou vallen. Ook een benadering waarin eerst handelend wordt opgetreden nadat het advies is uitgebracht, achten Rood en Van der Heijden onjuist; dat zal volgens hen vrijwel zeker leiden tot het oordeel dat de onverwijldheid is verspeeld.[234]

Ik ben het met Rood en Van der Heijden eens dat er geen grondslag te vinden is in art. 30 WOR om te betogen dat die bepaling geen betrekking zou hebben op ontslagverlening op staande voet. Ook bij een voorgenomen ontslag op staande voet zal die verplichting zonder meer gelden. Eveneens zal het, gelet op het hiervoor onder 2.5.4 gestelde, in het algemeen verstandig zijn om wanneer ten aanzien van een bestuurder in de zin van de WOR het vermoeden is gerezen dat deze de werkgever een dringende reden heeft gegeven en de ondernemingsraad om advies moet worden gevraagd over een vanwege die dringende reden te geven ontslag op staande voet, de bestuurder hangende die adviesprocedure te schorsen. Daarmee wordt duidelijk gemaakt hoe de werkgever het gedrag taxeert. Maar als de werknemer/bestuurder eenmaal is geschorst, lijkt me verder tijdsverloop ten gevolge van een adviesprocedure ex art. 30 WOR niet op gespannen voet te staan met de onverwijldheidseis. De opvatting van Rood en Van der Heijden verdient in dat opzicht lichte nuancering.

Bezien wij eerst het geval waarin de bestuurder in de zin van de WOR ook bestuurder in de zin van boek 2 BW is. Zoals hiervoor is aangegeven, pleiten er overtuigende argumenten voor om aan te nemen dat wanneer zorgvuldigheidshalve de reguliere wettelijke oproepingstermijnen in acht worden genomen, zulks niet afdoet aan de onverwijldheid van het daarna gegeven ontslag. Dat betekent dat, ervan uitgaande dat (i) de OR wordt geadieerd op het moment dat de ontslagvergadering wordt uitgeschreven en (ii) de wettelijke oproepingstermijn wordt aangehouden, een periode van twee weken, althans acht dagen, bestaat voor het verkrijgen van het advies. Het advies zal immers moeten zijn verkregen voorafgaand aan de aandeelhoudersvergadering, omdat anders geen recht wordt gedaan aan het vereiste dat het wezenlijke invloed op de besluitvorming kan hebben. De vergadering van aandeelhouders, het tot ontslag bevoegde orgaan, moet voor de besluitvorming ter vergadering van dat advies kennis kunnen nemen. Ik zou menen dat de hiervoor besproken wettelijke oproepingsperiode van twee weken – bij een N.V. – en zelfs die van acht dagen – bij een B.V. – zal volstaan om het advies te verkrijgen; van een ondernemingsraad mag verwacht worden het advies binnen die termijn uit te brengen. Aan een ondernemingsraad moet een redelijke termijn worden gegund om te adviseren. Dat geldt in het kader van het adviesrecht van art. 25 WOR, maar zal evenzeer gelden in het kader van het adviesrecht op grond van art. 30 WOR. Wat een redelijke termijn is, wordt ingekleurd door de complexiteit van de kwestie, de spoedeisendheid daarvan en de belangen over en weer. In de rechtspraak is uitgemaakt dat van partijen in dit verband mag worden verwacht met elkaars belangen rekening te houden.[235] Als de ondernemer daadwerkelijk in een tijdsklem zit, mag – zo blijkt uit een uitspraak van de Ondernemingskamer uit 2005 – verwacht worden dat de ondernemingsraad

234 Rood/Van der Heijden, Wet op de ondernemingsraden, Deventer 2004, p. 373/374.
235 Zie Pres. Rb. Den Haag 10 december 1985, ROR 1986/13.

daarmee rekening houdt.[236] Onder omstandigheden kan van een ondernemingsraad zelfs gevergd worden binnen een aantal dagen, ja zelfs binnen een weekend, zijn advies uit te brengen.[237]

In het licht van deze rechtspraak zal een ondernemer, uitzonderingen daargelaten, zeker niet onredelijk handelen door een ondernemingsraad te vragen om binnen de hiervoor genoemde reguliere oproepingstermijnen van twee weken, dan wel acht dagen, te adviseren. Dat lijkt, alleen al gelet op de relatief beperkte omvang van het gevraagde advies – het gaat om de positie van één persoon –, bepaald geen onredelijke termijn. Dat geldt des te sterker nu de ondernemer die het in art. 30 WOR bedoelde advies vraagt, in verband met de door het tot ontslag bevoegde orgaan te respecteren onverwijldheidseis, in een tijdsklem zit. Door de ondernemingsraad te vragen om te adviseren binnen de hiervoor genoemde oproepingstermijnen, wordt voorkomen dat op dat punt problemen ontstaan. Van de ondernemingsraad mag worden verwacht dat hij met dat zwaarwegende belang aan de zijde van de ondernemer rekening houdt en zo bezien gaat van de onverwijldheidseis een reflexwerking uit op de bepaling van de redelijke termijn voor advisering onder de WOR. Zie ik het goed, dan wordt in de praktijk met regelmaat aan ondernemingsraden gevraagd om op korte tot zeer korte termijn – meestal gaat het daarbij om een aantal dagen – een advies ex art. 30 WOR uit te brengen en leidt dat vrijwel nooit tot problemen.[238]

Ervan uitgaande dat inachtneming van de wettelijke oproepingstermijn geen onverwijldheidsproblemen veroorzaakt, zou het voorgaande betekenen dat bij inachtneming van die termijnen ook art. 30 WOR geen problemen in die sfeer zal veroorzaken bij ontslagen van statutair bestuurders; zulks simpelweg omdat in het algemeen van de ondernemingsraad verwacht kan worden dat hij binnen diezelfde termijn adviseert.

Brengen de eisen van het medezeggenschapsrecht, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, evenwel mee dat de ondernemingsraad meer tijd wordt gegund om te adviseren – bijvoorbeeld omdat sprake is van een zeer complexe ontslaggrond, die wat diepgravender onderzoek door de ondernemingsraad vergt – en leidt dat tot uitstel van de aandeelhoudersvergadering, dan zou dat mijns inziens andersom ook niet tot onoverkomelijke problemen in de sfeer van de onverwijldheid moeten leiden. Als de bij een ontslag in acht te nemen wettelijke procedureregels, waaronder het voorschrift van art. 30 WOR, ertoe leiden dat de ontslagvergadering moet worden uitgesteld, zou dat in zichzelf geen afbreuk moeten doen aan het onverwijlde karakter van het ontslag, mits daarbij maar *zo veel mogelijk* voortvarendheid wordt betracht. Het is volledig in lijn met de benadering die de Hoge Raad in het *GTM-arrest* voorstaat, en waarin "procedural fairness" zo een belangrijke rol speelt, dat van een werkgever niet wordt gevergd reeds te ontslaan voordat hij zich van zijn wettelijke verplichtingen heeft gekweten en het ligt dan ook niet in de rede aan te

236 OK 20 oktober 2005, JAR 2005/283 (waarin een ondernemingsraad zich er vergeefs over beklaagde maar 1,5 maand de tijd te hebben gekregen om advies uit te brengen over de overname van de onderneming door een andere partij).

237 OK 6 mei 1994, ROR 1994/19.

238 De bijzonder geringe hoeveelheid rechtspraak op dit terrein getuigt daarvan. Zie daarover ook L.G. Verburg, noot onder Ktr. Apeldoorn 20 juni 2008, JOR 2008/226.

nemen dat de ene wetsbepaling – in casu de in art. 7:677 neergelegde onverwijldheidseis – zo in elkaar zit dat deze tot overtreding van een andere – in dit geval: art. 30 WOR – dwingt. Dat het voorschrift van art. 30 WOR er niet op gericht is de belangen van de bestuurder te beschermen – de bepaling moet niet worden misverstaan als een bepaling die beoogt hem extra ontslagbescherming te bieden – maar veeleer ziet op bescherming van de belangen van de medezeggenschap, doet daaraan naar mijn mening niet af.[239] Het door de ondernemingsraad uit te brengen advies vormt hoe dan ook toch één van de in de besluitvorming ter vergadering door de aandeelhouders in aanmerking te nemen gezichtspunten en draagt – althans dat is de bedoeling – bij aan een zorgvuldig en afgewogen besluitvormingsproces. Dat rechtvaardigt om, ook in de uitzonderlijke gevallen waarin een correcte naleving van art. 30 WOR ertoe noopt de ontslagvergadering uit te stellen tot na de datum waartegen oorspronkelijk met inachtneming van de wettelijke oproeptermijn is opgeroepen, aan te nemen dat dat enkele feit niet meebrengt dat daarmee de onverwijldheid is verspeeld.

Wat geldt voor een bestuurder in de zin van de WOR die statutair bestuurder in de zin van boek 2 BW is, geldt mijns inziens ook voor bestuurders in de zin van de WOR die geen bestuurder in de zin van boek 2 BW zijn. Ook daar zal, in het verlengde van hetgeen hiervoor is opgemerkt, het feit dat de ondernemer zich heeft gehouden aan de op hem rustende verplichting om advies in te winnen ex art. 30 WOR, hem niet behoren te worden tegengeworpen in het kader van de onverwijldheidsdiscussie; zulks vanzelfsprekend onder de voorwaarde dat het traject ex art. 30 WOR zo voortvarend mogelijk is afgewikkeld. In dat verband zal de ondernemer zich in dat traject jegens de ondernemingsraad weer kunnen beroepen op de onverwijldheidseis, om de ondernemingsraad tot voortvarendheid te manen. De ondernemingsraad zal met dat gerechtvaardigde belang van de ondernemer rekening hebben te houden. In feite ontstaat aldus een situatie waarin art. 30 WOR en de onverwijldheidseis van art. 7:677 BW elkaar over en weer beïnvloeden en er aldus voor gezorgd wordt dat *Gleichlauf* tussen de beide bepalingen wordt gecreëerd: art. 30 WOR wordt in die zin "ingekleurd" door het onverwijldheidsvereiste dat dat vereiste met zich brengt dat de ondernemer er aanspraak op mag maken dat de ondernemingsraad snel adviseert; andersom kleurt art. 30 WOR het onverwijldheidsvereiste in die zin in dat, wanneer de ondernemer – met een beroep op de onverwijldheidseis – voortvarend heeft gehandeld in het kader van het adviestraject, niet gezegd kan worden dat hij niet onverwijld heeft gehandeld, uitsluitend omdat hij de uitkomst van dat traject heeft afgewacht.

---

239 Vergelijk in dit verband Hof Amsterdam 20 mei 1999, NJ 2000, 607 waarin met juistheid werd beslist dat de WOR is geschreven in het belang van de medezeggenschap en dat dat dus betekent dat het ontbreken van een advies ex art. 30 WOR geen grond voor vernietigbaarheid van een ontslagbesluit oplevert voor de ontslagen bestuurder. Dat geldt, zo het Hof, des te sterker omdat anders de bestuurder een verdergaande sanctie op overtreding van art. 30 WOR in handen zou worden gegeven dan de ondernemingsraad zelf, in wiens belang de bepaling is geschreven, zou hebben. De ondernemingsraad komt immers bij besluiten ex art. 30 WOR geen beroep op de Ondernemingskamer toe. Zie over deze uitspraak o.a. E.S. de Bock, Ontslag van statutair bestuurders, SMA 2002, p. 511-512; L.G. Verburg, Ontslagrecht: de opzegging van de arbeidsovereenkomst met de statutair directeur, SR 2002/6, p. 193.

2.6.5.3 Procedureregels op grond van CAO en interne regelgeving

Blijkens rechtspraak van de Hoge Raad wordt de tijd die de werkgever zich, nadat het vermoeden van een dringende reden is geconverteerd in bewijsbare zekerheid daarvan, bij het nemen van een ontslagbesluit kan permitteren niet alleen nader ingevuld door wettelijke regels, zoals die van de artt. 2:115 en 225 BW en art. 30 WOR, maar ook door regels van een lagere orde, zoals bedrijfsinterne afspraken met betrekking tot de wijze waarop een ontslagbesluit tot stand komt, of regels die op dat terrein gelden uit hoofde van een toepasselijke CAO.

Een voorbeeld uit de eerste categorie – bedrijfsinterne afspraken – wordt gevormd door een arrest van de Hoge Raad uit 1987.[240] In die zaak was sprake van een ontslag van een hoofdmonteur wegens geweldpleging (bestaande uit het door elkaar schudden van een collega en het tegen een muur duwen van één der directeuren) op 14 december 1981. Het ontslag werd pas op 21 december 1981 gegeven. De Rechtbank achtte dat onverwijld omdat het geven van ontslag op staande voet een belangrijke beslissing betreft en binnen de onderneming de interne afspraak gold dat dergelijke belangrijke beslissingen binnen de vennootschap van de werkgever altijd door de voltallige directie (bestaande uit drie directeuren) werden genomen. De voltallige directie was pas op 18 december – de vrijdag na het incident – bijeen en het ontslag werd vervolgens op de daarop volgende maandag schriftelijk gecommuniceerd. De rechtbank achtte het ontslag daarmee onverwijld gegeven en nam daarbij in aanmerking dat "bij een gang van zaken waarbij spoedshalve niet een besluit van het voltallige bestuur zou zijn afgewacht, aan Potze [de werkgever, toevoeging SFS] mogelijkerwijs verweten had kunnen worden het ontslag te hebben gegeven zonder dat daaraan een rechtsgeldig besluit ten grondslag lag." Anders gezegd: als vanwege de onverwijldheid de gebruikelijke besluitvormingsregels terzijde waren geschoven, had dat juist de besluitvorming kunnen vitiëren. De Hoge Raad omarmde die benadering van de Rechtbank. Deze getuigde niet van een onjuiste rechtsopvatting en was evenmin onbegrijpelijk. Daarmee vormt het arrest steun voor de gedachte dat als de werkgever bij het besluitvormingsproces ter zake van ontslag op staande voet handelt in lijn met de binnen zijn onderneming geldende procedureregels om ontslag te geven, die beogen de zorgvuldigheid van dat traject te borgen, hij niet te snel door de werknemer tegengeworpen zal kunnen krijgen dat hij, om onverwijld te kunnen ontslaan, die regels maar terzijde had moeten schuiven, bijvoorbeeld door iemand anders aan te wijzen om "nog onverwijlder" te kunnen beslissen. Dit standpunt vindt steun in een arrest van het Gerechtshof Amsterdam uit 2009.[241] Daarin was sprake van een vennootschap met twee directeuren (A en E) die beiden alleen bevoegd waren de vennootschap te vertegenwoordigen. A was de eerst verantwoordelijke voor het nemen van arbeidsrechtelijke beslissingen aangezien hij als directeur belast was met personeelszaken. Op 11 maart 2009 vond een handgemeen plaats op het werk, waarna de werknemer die daarvan beschuldigd werd door E werd geschorst. A was op het moment van het incident in het buitenland en keerde op 13 maart 2009 terug. Hij

240 HR 18 september 1987, NJ 1988, 238.
241 Hof Amsterdam 15 december 2009, LJN: BL8496, zie vooral rov.'en 5.7 tot en met 5.9.

nam toen het onderzoek ter hand, hoorde de betrokkenen en kwam uiteindelijk op 17 maart 2009 tot het ontslagbesluit. Het Hof achtte die benadering aanvaardbaar vanuit onverwijldheidsperspectief, mede nu de werkgever ten processe aannemelijk had gemaakt dat A binnen de directie de eerstverantwoordelijke was voor dit soort kwesties. Het Hof liet de interne rolverdeling binnen de directie dus meewegen bij het oordeel dat onverwijld was ontslagen.[242] Dat lijkt me in lijn met de opvatting van de Hoge Raad uit het zojuist genoemde arrest van 1987.

Toch kan men twijfelen over de juistheid van die lijn. Ik zou menen dat het gewicht van dergelijke interne regels in de onverwijldheidsbeoordeling niet overschat moet worden. Zij zijn van een andere, beduidend lagere, orde dan de wettelijke restricties die hiervoor onder 2.6.5.1 en 2.6.5.2 werden besproken. Evenmin als de rechter gebonden is aan een contractuele afspraak of een eenzijdige vaststelling door de werkgever vooraf welk gedrag voor hem een dringende reden vormt – een dergelijke vaststelling kan, mits gecommuniceerd naar de werknemer, wel in die zin gewicht in de schaal leggen dat daarvan een "verzwarend" effect uitgaat bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden – zal de rechter ook niet gebonden zijn aan eenzijdig door de werkgever opgestelde bedrijfsinterne regels die bepalen hoe en in verband daarmee ook: hoe snel, hij moet handelen bij ontslag op staande voet.[243] Het is niet aan de werkgever om middels interne regelgeving materieel afbreuk te doen aan het onverwijldheidsvereiste. Een dergelijke interne regel zal dan ook hoogstens als één der omstandigheden van het geval in de afweging of onverwijld ontslagen is, betrokken mogen worden en dat geldt in het bijzonder als die regel er evident toe strekt een zorgvuldig afgewogen oordeel ter zake van deze ingrijpende maatregel te bewerkstelligen.

Meer effect kan naar mijn mening op dit terrein uitgaan van procedureregels die volgen uit een CAO. Het komt regelmatig voor dat CAO's procedureregels bevatten ter zake van de wijze waarop tot een beslissing inzake ontslag op staande voet moet worden gekomen. Die regels strekken er dan vaak toe dat proces – in het belang van de werknemer – van extra waarborgen, van een extra interne toets, te voorzien. Zo bepaalt art. 31 lid 3 van de CAO voor Opinieweekbladjournalisten 2010/2011 bijvoorbeeld dat ontslag op staande voet in beginsel niet plaatsvindt dan nadat door de directie *diepgaand* overleg met de hoofdredacteur is gevoerd.[244] In de CAO van

242 Zie in dit verband ook Ktr. Rotterdam 5 juli 1994, JAR 1994/220, waarin de complexe bevoegdheidsverdeling binnen een groot concern, waar de bevoegdheid tot ontslag lag op een ander niveau dan de afdeling die het onderzoek verrichtte en waar, voorafgaand aan de beslissing omtrent ontslag ook overleg met de afdeling arbeidszaken gevoerd moest worden, in aanmerking werd genomen bij het oordeel dat het ontslag onverwijld was gegeven. Zie over deze uitspraak: R.W. Polak, Ontslag op staande voet in concernverband. ArbeidsRecht 1995/6.

243 Uit HR 24 februari 1995, NJ 1995, 450 volgt dat een contractuele afspraak dat bepaald gedrag in afwijking van de wet hoe dan ook een dringende reden is, door nietigheid wordt getroffen. Het arrest laat de mogelijkheid open dat zo een afspraak wel gewicht in de schaal legt bij de beoordeling of, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, sprake is van een dringende reden. Zie over deze problematiek hierna onder 4.7.6.3 B, alsmede J.J. Riphagen, Problemen rond het ontslag op staande voet: de dringendheid, de gemaakte afspraken en de niet genoemde reden, AA 1995/11, p. 888/895. Verwezen zij voorts naar het bepaalde in art. 7:678 lid 3 BW, dat stipuleert dat bedingen die aan de werkgever de bevoegdheid geven achteraf te bepalen of zich een dringende reden voordoet, door nietigheid worden getroffen.

244 Algemeen verbindend verklaard bij besluit van 16 december 2010, Stcrt. 21 december 2010, nr. 19 539.

TataSteel 2010-2011 – voorheen Corus – valt een vergelijkbare bepaling te vinden. Daar bepaalt art. 2.4.4 dat de werkgever bij ontslag op staande voet vooraf het advies vraagt van een commissie van advies, samengesteld volgens een in overleg met de ondernemingsraad opgesteld reglement.

Een eerste vraag die rijst, is of partijen wel dergelijke procedurevoorschriften kunnen overeenkomen, of dat dat in strijd moet worden geacht met het dwingende karakter van de wettelijke regeling inzake het ontslag op staande voet. Met Duk en Bouwens zou ik die vraag ontkennend willen beantwoorden. Een nadere regeling inzake het geven van ontslag op staande voet, zoals de zojuist genoemde bepalingen die bevatten, is geoorloofd, mits deze de bevoegdheid tot het geven van ontslag en de daaromtrent bestaande wettelijke regeling als zodanig niet aantast.[245] De nadere regeling moet zich, anders gezegd, bewegen binnen de grenzen van de wettelijke regeling rond het ontslag op staande voet. Een regeling die, bijvoorbeeld, de onverwijldheidseis als zodanig ecarteert zal dus niet toelaatbaar zijn; een regeling die binnen de grenzen van dat vereiste tracht extra waarborgen voor zorgvuldige besluitvorming in te bouwen, zal dat wel zijn.

Juist omdat de dwingende wettelijke regeling inzake het ontslag op staande voet niet contractueel – en dus ook niet bij CAO – terzijde kan worden geschoven, geldt dat naleving van dergelijke CAO-vormvoorschriften – evenals naleving van eenzijdig door de werkgever gestelde procedurevoorschriften – niet automatisch betekent dat daardoor geen problemen in de sfeer van de onverwijldheidseis kunnen rijzen. Het blijft aan de rechter om te beoordelen of de onverwijldheidseis is nageleefd en het enkele feit dat uitstel het gevolg is van CAO-bepalingen, behoeft niet te betekenen dat de onverwijldheidseis dus niet is geschonden. Dat gezegd zijnde, zou ik toch menen dat er verschillende redenen voor pleiten om, zolang uitstel veroorzaakt wordt door de naleving van zulke CAO-ontslagprocedurevoorschriften, daarin in beginsel geen schending van de onverwijldheidseis te zien.[246] In de eerste plaats zullen procedurevoorschriften die in het CAO-overleg zijn overeengekomen, juist zijn afgesproken om de zorgvuldigheid van de besluitvorming te waarborgen. Dat geldt des te sterker nu vakbonden bij de totstandkoming van die regels betrokken zijn geweest die – zo mag worden aangenomen – het werknemersbelang (bij *procedural fairness*) voor ogen zullen hebben gehad. Dat belang van *procedural fairness* en zorgvuldigheid is door de Hoge Raad in het *GTM-arrest*, zoals hiervoor al verschillende keren is gememoreerd, uitdrukkelijk erkend als omstandigheid die "rek" in de onverwijldheid kan rechtvaardigen. In de tweede plaats geldt dat terughoudendheid bij het doorbreken van dergelijke in een CAO verankerde extra (procedurele) waarborgen eens te meer in de rede ligt, omdat aldus recht kan worden gedaan aan het feit dat die waarborgen een uitvloeisel zijn van het verdragsrechtelijk verankerde grondrecht op vrije collectieve

245 W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer 2011, p. 413.

246 Zie in vergelijkbare zin ook R.A.A. Duk, De Hoge Raad en het ontslag op staande voet, SMA 1982, p. 510, die op die grond "een kort respijt" toelaatbaar acht.

arbeidsvoorwaardenvorming. Ook dat belang kan in de afweging van alle omstandigheden van het geval die de beoordeling van de onverwijldheid vereist meewegen.[247]

> Een, zij het belangrijk, zijpad in dit verband betreft het navolgende. Door Jakimowicz en Disselkoen is betoogd dat het niet naleven van CAO-procedurevoorschriften als de hiervoor genoemde, automatisch zou leiden tot nietigheid van het gegeven ontslag op staande voet.[248] Zij beroepen zich daartoe op een arrest van de Hoge Raad uit 1990 waarin werd beslist dat het schenden van een uit een CAO volgend procedurevoorschrift bij het nemen van een strafmaatregel – het ging in die zaak om een terugplaatsing – kan leiden tot nietigheid van die maatregel.[249]
>
> De opvatting van Jakimowicz en Disselkoen gaat mij om allerlei redenen te ver. In de eerste plaats blijkt uit het door hen aangehaalde arrest zelf dat van een automatisme dat overtreding van procedurevoorschriften steeds leidt tot nietigheid van de genomen maatregel, geen sprake is. De benadering van de Hoge Raad is beduidend genuanceerder: hij overweegt dat "moet worden aangenomen dat overtreding van zulk een voorschrift tot nietigheid van de opgelegde strafmaatregel leidt, tenzij anders voortvloeit uit inhoud of strekking van het voorschrift, mede gelet op de omstandigheden van het geval, waaronder de mate waarin de werknemer door de strafmaatregel in zijn belangen wordt getroffen. Daarbij zal er in het algemeen geen plaats zijn voor nietigheid wanneer de werknemer door niet-inachtneming van het voorschrift op geen enkele wijze in zijn verdediging is benadeeld." Het kan dus goed zijn dat een CAO-procedurevoorschrift niet aldus moet worden uitgelegd dat overtreding ervan tot nietigheid van de sanctie leidt; óf dat zo is, hangt in belangrijke mate af van uitleg van de CAO-bepaling. Laat die zich, naar objectieve maatstaven uitgelegd, inderdaad aldus verstaan dat overtreding van de gestelde procedureregels inderdaad tot integrale nietigheid van de sanctie leidt?[250] Die benadering past ook in de wijze waarop de Wet CAO werkt. Art. 12 Wet CAO bepaalt immers dat wanneer partijen bij een arbeidsovereenkomst langs de lijn van art. 9 Wet CAO gebonden raken aan een CAO-bepaling slechts die bepalingen in de arbeidsovereenkomst door nietigheid worden getroffen die met de CAO strijdig zijn. Of van die strijdigheid sprake is, is een kwestie van CAO-uitleg.[251]
>
> Belangrijker is evenwel in de tweede plaats, dat het maar de vraag is of de leer uit het door Jakimowicz en Disselkoen aangehaalde arrest wel kan worden doorgetrokken naar CAO-procedureregels inzake het geven van ontslag op staande voet. Een ontslag op staande voet is

247 Verwezen zij in dit verband naar HR 30 januari 2004, JAR 2004/68, waarin de Hoge Raad maant tot terughoudendheid bij het terzijde stellen van uit een CAO voortvloeiende beloningsverschillen op grond van het via de band van art. 7:611 BW doorwerkende beginsel dat gelijke arbeid, gelijk beloond moet worden, juist omdat die terzijdestelling raakt aan de uitkomsten van de uitoefening van het grondrecht op vrije collectieve onderhandelingen. Zie over dit arrest onder meer M.S.A. Vegter, Gelijke beloning voor gelijke arbeid, BB 2004, 23; M. van Eck, Gelijke arbeid, gelijk loon?, ArA 2004/2; A.G. Veldman, Goed werkgeverschap en gelijk loon voor gelijke arbeid; over redelijkheid en billijkheid, rechtsbeginselen en internationale grondrechter, AI 2008, 1.

248 C.M. Jakimowicz en V. Disselkoen, Procedurele aspecten van ontslag op staande voet, AI 2007, 2, p. 105.

249 HR 9 juli 1990, NJ 1991, 127.

250 Zie voor de bij CAO-bepalingen geldende objectieve uitlegnorm onder meer: HR 31 mei 2002, NJ 2003, 110; HR 28 juni 2002, NJ 2003, 111; HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493; S.F. Sagel, DSM/Fox en de uitleg van arbeidsrechtelijke contracten, ArA 2004/3.

251 Vgl. in dit verband HR 8 april 2011, JAR 2011/135 alsmede W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, CAO-recht, Deventer 2004, p. 86 e.v.

niet primair een straf-, maar een ordemaatregel.[252] Het gaat er daarbij immers primair om of van de werkgever redelijkerwijs gevergd kan worden het dienstverband te laten voortbestaan en niet daarom of de werknemer straf verdient. Dat ligt ook al besloten in het feit dat een ontslag op staande voet ook zonder dat de werknemer schuld heeft aan de dringende reden, mogelijk is. Dat is bij een strafmaatregel niet denkbaar.
Tot slot geldt dat het ontslag op staande voet, anders dan een disciplinaire maatregel zoals een terugplaatsing, is omgeven door een dwingendrechtelijk wettelijk kader, dat niet terzijde kan worden geschoven, ook niet bij CAO.[253] Dat brengt noodzakelijkerwijs mee dat overtreding van CAO-procedurevoorschriften ter zake van het geven van ontslag op staande voet niet in zichzelf bij wijze van automatisme tot nietigheid van het ontslag kan leiden. Dat zou immers een afwijking van de dwingende wettelijke regeling inzake het ontslag op staande voet meebrengen, die daardoor wordt uitgebreid met een aanvullende procedurele eis waaraan op straffe van nietigheid moet worden voldaan.[254] Het regelingsbereik van de CAO strekt, tenzij zulks uitdrukkelijk in de wet mogelijk wordt gemaakt, niet zover dat de dwingendrechtelijke regeling van het ontslagrecht kan worden aangepast.[255] De vraag rijst wat dan wel het gevolg is wanneer een werkgever zich, bij het geven van ontslag op staande voet, niet houdt aan CAO-procedurevoorschriften inzake het geven van ontslag op staande voet. Ik zou menen dat dat een omstandigheid is die dan betrokken kan worden bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. Een onzorgvuldige procedure – en het schenden van CAO-procedurevoorschriften valt daar bij uitstek onder – is een van de omstandigheden van het geval, die de rechter kan brengen tot het oordeel dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, van een dringende reden geen sprake is. Dat zal extra klemmen wanneer die zorgvuldige procedure bij CAO is voorgeschreven.[256]

2.7 De derde fase: van de opzegging tot het einde van het dienstverband

2.7.1 De opzegging; tijdsverloop door de vorm van de mededeling; ontvangsttheorie

Voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst stelt de wet geen vormvereisten, ook niet voor de opzegging op staande voet. Die opzegging kan schriftelijk of mondeling geschieden, alsmede besloten liggen in gedragingen van de opzeggende partij.[257]

In een aantal arresten, gewezen sinds het begin van de jaren '80 van de vorige eeuw, heeft de Hoge Raad verduidelijkt dat, gelet op de verstrekkende nadelige

252 Zie in gelijke zin: M.M. Koevoets, Wangedrag van werknemers (diss. EUR 2006), Den Haag, 2006, p. 118, die in dit verband – terecht – verwijst naar Bijl. Hand. II 1951/1952, nr. 6, p. 33.
253 Zie over strafmaatregelen: W.A. Zondag, Disciplinaire maatregelen, in E. Verhulp en W.A. Zondag, Disfunctioneren en wangedrag, Deventer 2008.
254 Zie over het dwingrechtelijk karakter van art. 7:677 BW onder andere: conclusie A.-G. Wijnveldt voor HR 4 februari 1944, NJ 1944, 199.
255 Zie voor een voorbeeld waarin de wetgever die mogelijkheid uitdrukkelijk wel heeft gecreëerd: art. 7:668a lid 5 BW.
256 Zie in dit verband hierna uitvoerig onder 4.7.6.7.
257 Art. 3:37 lid 1 BW. In HR 7 december 1923, NJ 1924, 145 werd reeds beslist dat ook de onverwijlde mededeling van de dringende reden – die, hoewel hij meestal samenvalt met de opzegging, daarvan toch onderscheiden kan worden – kan geschieden op elke wijze die in de gegeven omstandigheden, naar de opvattingen van het verkeer, als daartoe deugdelijk mag worden beschouwd.

gevolgen die een vrijwillige beëindiging door een werknemer van zijn dienstverband voor hem heeft, slechts mag worden aangenomen dat de wil van de werknemer daarop is gericht wanneer hij deze "duidelijk en ondubbelzinnig" openbaart.[258] Het duidelijk- en ondubbelzinnigheidscriterium geldt daarbij zowel bij opzegging door de werknemer als bij het instemmen door een werknemer met een voorstel tot beëindiging van zijn dienstverband.[259] In het op 20 juni 2005 gewezen arrest in de zaak *Al Haghe/Zbir* – ook wel bekend als het *Grillroom Ramses II-arrest* – bevestigde de Hoge Raad dat deze leer wordt ingegeven door twee (soorten) ernstige gevolgen, verbonden aan vrijwillige beëindiging van het dienstverband, te weten (i) verlies van ontslagbescherming en (ii) mogelijk verlies van aanspraken op grond van de Sociale Zekerheidswetgeving:

> "3.4. (…) De volgens vaste rechtspraak geldende strenge maatstaf ter beantwoording van de vraag of een werknemer zijn dienstbetrekking vrijwillig heeft willen beëindigen, dient inderdaad ertoe de werknemer te behoeden voor de ernstige gevolgen die vrijwillige beëindiging van het dienstverband voor hem kan hebben, kort gezegd het verloren gaan van de mogelijkheid zich op ontslagbescherming te beroepen, en het mogelijk verlies van aanspraken ingevolge de sociale zekerheidswetgeving, met name een werkloosheidsuitkering. In verband met die ernstige gevolgen zal de werkgever niet spoedig mogen aannemen dat een verklaring van de werknemer is gericht op vrijwillige beëindiging van de dienstbetrekking."[260]

In het *Grillroom Ramses II-arrest* verduidelijkte de Hoge Raad voorts dat, gelet op de zojuist genoemde ratio van het vereiste van een duidelijke en ondubbelzinnige mededeling, dat vereiste *niet* geldt wanneer de vraag rijst of de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd.[261] In dat geval zijn de ernstige gevolgen die gepaard gaan met een vrijwillige beëindiging door de werknemer en dan met name het verlies van ontslagbescherming niet aan de orde. De werknemer die door de werkgever ontslagen wordt, kan de rechtmatigheid van dat ontslag immers in rechte laten toetsen aan de wettelijke ontslagbescherming en zal, wanneer hem geen verwijt treft van dat ontslag, ook aanspraak kunnen maken op het vangnet van de Sociale Zekerheid. De bevinding dat de werkgever ontslagen heeft, is in feite de toegangspoort tot de bescherming die het ontslagrecht biedt. Gelet op een en ander, zo besliste de Hoge Raad, is er geen reden om de vraag of een werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd, anders te beoordelen dan aan de hand van de maatstaf van de

---

258 Verwezen zij naar: HR 28 mei 1982, NJ 1983, 2; HR 20 september 1991, NJ 1991, 785; HR 25 maart 1994, NJ 1994, 390; HR 8 april 1994, JAR 1994/95; HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 171; HR 28 april 1995, NJ 1995, 651; HR 19 april 1996, JAR 1996/116; HR 30 mei 1997, NJ 1997, 611 en HR 26 mei 2000, JAR 2000/152.

259 Zie over de ratio en betekenis van het duidelijk- en ondubbelzinnigheidsvereiste ook: M.A. van Haelst, Welbewust niet ondubbelzinnig, ArbeidsRecht 2010, 43; A.F. Bungener, De duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van de werknemer, ArbeidsRecht 2007, 13; M.P. Vogel, Ontslag en instemming van de werknemer, ArbeidsRecht 1994, 64.

260 HR 20 juni 2005, NJ 2005, 395. Zie in gelijke zin: conclusie A.-G. Vranken voor HR 25 maart 1994, NJ 1994, 390 onder 14.

261 Zie ook A.F. Bungener, Duidelijke en ondubbelzinnige verklaring vereist bij opzegging door de werkgever, SR 2005, 55.

artt. 3:33 en 3:35 BW. Dat betekent dat het er bij de beoordeling of de werkgever de arbeidsovereenkomst op staande voet heeft opgezegd, om zal gaan of de werknemer de verklaring of gedraging van de werkgever die hij als zo een opzegging heeft geduid, gelet op de omstandigheden van het geval redelijkerwijs in die zin mocht opvatten. Een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van de werkgever, gericht op beëindiging van het dienstverband, is daartoe niet per definitie vereist. Bepalend is of de werknemer de opzegging, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, redelijkerwijs uit de gedragingen en uitlatingen van de werkgever moest – wanneer de werknemer betwist te zijn ontslagen – dan wel mocht – wanneer de werkgever betwist dat hij op staande voet heeft ontslagen – afleiden.[262]

Hoewel een opzegging (op staande voet), gelet op het voorgaande, dus ook besloten kan liggen in een handelwijze of een nalaten van de werkgever – te denken valt aan het stopzetten van de loonbetaling – neemt de werkgever die voor die "stilzwijgende" route kiest, in plaats van voor een uitdrukkelijke schriftelijke opzegging, daarmee niet alleen een groot risico in de sfeer van het in het volgende hoofdstuk te bespreken vereiste dat de dringende reden zodanig moet wordt meegedeeld dat deze de werknemer onmiddellijk duidelijk is, maar loopt hij ook het risico de onverwijldheid van het ontslag te verspelen, zodat het ontslag ook op die grond vernietigbaar is. Nu de opzegging van de arbeidsovereenkomst een eenzijdige gerichte rechtshandeling is, zal die opzegging de werknemer – gelet op het bepaalde in art. 3:37 lid 3 BW – bereikt moeten hebben om doel te treffen. Anders gezegd: van opzegging is pas sprake als de daartoe strekkende verklaring de werknemer, of een voor hem optredende vertegenwoordiger, heeft bereikt. De Hoge Raad bevestigde dat uitdrukkelijk in arresten van 10 augustus 1990 en 12 april 1991, kort voor de inwerkingtreding van de zojuist genoemde bepaling.[263] Laat de werkgever na om, nadat het besluit tot ontslag op staande voet is gevallen, per omgaande uitdrukkelijk

---

262 Zie voor voorbeelden van zaken waarin op basis van deze maatstaf werd beoordeeld of ontslag op staande voet had plaatsgevonden: Ktg. Tilburg 11 januari 1990, Prg. 1990, 3227 (waarin de mededeling dat de werknemer "niet meer terug behoefde te komen" door hem in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs als ontslag op staande voet mocht worden begrepen). Zie ook, voor een ouder voorbeeld, Ktg. Leeuwarden 26 februari 1916, RBA VI, 23/24, p. 95, waarin werd overwogen dat "voor het geven van ontslag niet strikt noodzakelijk is, dat de werkgever of iemand die in zijn naam optreedt zegt, dat de werknemer ontslagen is, doch daarvoor voldoende kan zijn een daad van den werkgever of iemand namens hem, waaruit de wil blijkt om de dienstbetrekking te doen eindigen." In casu werd het verzoek aan de werknemer, hem in aanwezigheid van een politieagent gedaan, om het terrein van de werkgever te verlaten, gelijkgesteld met het geven van ontslag. Zie voor een recent voorbeeld van een zaak waarin aan de hand van de norm uit het Grillroom Ramses II-arrest werd geoordeeld dat niet de werknemer ontslag had genomen, maar de werkgever de werknemer had ontslagen op staande voet: Hof Den Bosch 5 oktober 2010, LJN: BO1090.

263 HR 10 augustus 1990, NJ 1991, 229 en HR 12 april 1991, NJ 1991, 449. In eerstgenoemd arrest werd overwogen dat de termijn van art. 9 lid 2 BBA loopt vanaf de dag waarop het ontslag, dat in strijd komt met art. 6 lid 1 BBA, is tot stand gekomen: "In het geval dat het ontslag per brief is gegeven, is dit de dag waarop deze brief de werknemer heeft bereikt, waarmee gelijk moet worden gesteld het geval dat zulks is uitgebleven – in de bewoordingen van art. 3:37 lid 3 NBW – als gevolg van diens eigen handeling, de handeling van personen voor wie hij aansprakelijk is, of van andere omstandigheden die zijn persoon betreffen en rechtvaardigen dat hij het nadeel draagt. Zie hierover ook M. van Eck, Verjarings- en vervaltermijnen in het arbeidsovereenkomstenrecht, ArbeidsRecht 2000, 22.

mondeling of schriftelijk op te zeggen, zodat de werknemer pas na geruime tijd – bijvoorbeeld wegens het achterwege blijven van de volgende maandelijkse loonbetaling – ontdekt dat hij *klaarblijkelijk* is ontslagen, dan is *dat* moment van ontdekking het moment waarop de opzegging plaats heeft. Dat zal de werkgever meestal de onverwijldheid van het ontslag kosten.

Overigens moet ook de werkgever die ervoor kiest de opzegging schriftelijk aan de werknemer te doen toekomen, zich vanuit het oogpunt van de onverwijldheidseis hoeden voor het bepaalde in art. 3:37 lid 3 BW. Zo zal een werknemer die een brief slechts per gewone post toegezonden krijgt eenvoudig kunnen ontkennen dat hij de brief heeft ontvangen en als hij zulks pas geruime tijd nadat zich de dringende reden heeft voorgedaan doet, is goed denkbaar dat de werkgever – die in dat geval een nieuwe opzeggingshandeling moet verrichten om alsnog op te zeggen – dan door het inmiddels ontstane tijdsverloop de onverwijldheid heeft verspeeld. Het enkele feit dat eerdere brieven die naar hetzelfde adres waren gestuurd wel altijd tijdig zijn aangekomen, levert geen bewijs op van het feit dat dat ook geldt voor de ontslagbrief.[264] Ook bij een ontslagaanzegging per aangetekende brief loopt de werkgever risico, zij het dat zijn positie dan sterker is. Betwist de werknemer dat hij een aangetekende brief heeft ontvangen, dan zal de werkgever door middel van de gegevens die hij, als afzender van de brief, van de posterijen zal kunnen verkrijgen omtrent de gang van zaken bij de aanbieding van aangetekende brieven (in het land van ontvangst) en omtrent hetgeen zich ter zake van de brief waarom het gaat, redelijkerwijs moet hebben voorgedaan, aannemelijk moeten maken dat de aanbieding op het betreffende adres op de daartoe voorgeschreven wijze heeft plaatsgevonden. Heeft de werkgever dat gedaan, dan komt daarmee in beginsel vast te staan dat de brief de werknemer op dat moment heeft bereikt, maar kan de werknemer nog steeds gemotiveerd betwisten dat hij de brief heeft ontvangen, al zal hij dan wel feiten moeten stellen waaruit volgt dat hem dat niet valt toe te rekenen. Daarvan zal geen sprake zijn, zo verduidelijkt de Hoge Raad, wanneer hij weigert een brief in ontvangst te nemen, of verzuimt een aangeboden brief op te halen. Maar kan de werknemer aantonen dat hij adequate maatregelen heeft genomen om te zorgen dat de brief hem zou bereiken en dat desondanks niet is gebeurd, dan zal de werkgever kunnen aanlopen tegen het oordeel dat de brief toch niet ontvangen is, zodat een onverwijlde opzegging niet heeft plaatsgevonden.

Nu de wet uitgaat van de ontvangsttheorie, waarbij de verantwoordelijkheid voor (tijdige) ontvangst van een eenzijdige gerichte rechtshandeling, bij de verzendende partij wordt gelegd, ligt het in de rede tijdsverloop dat het gevolg is van de gekozen methode van verzending ook in de onverwijldheidssfeer in beginsel voor rekening van de werkgever te laten. Zorgt de gekozen methode van verzending ervoor dat deze de werknemer niet onverwijld bereikt, of zelfs in het geheel niet bereikt – waardoor een nieuwe opzegging vereist is – dan kan dat de werkgever, het zij herhaald, de onverwijldheid van het ontslag kosten. De werkgever zal zich, anders gezegd, moeten realiseren dat wanneer hij een ontslag op staande voet brief alleen maar onverwijld verzendt, dat niet betekent dat hij ook onverwijld heeft opgezegd. Hij zal erop moeten toezien dat de ontslagbrief de werknemer ook daadwerkelijk onverwijld heeft

264 HR 23 juni 2000, NJ 2000, 517.

bereikt, wil aan het onverwijldheidsvereiste voldaan zijn. Bij zijn keuze voor de wijze waarop een ontslag op staande voet wordt aangezegd, doet de werkgever er dan ook goed aan te kiezen voor een methode waarin de opzeggingshandeling de werknemer (i) zo spoedig mogelijk en (ii) aantoonbaar heeft bereikt. Het overhandigen van een ontslagbrief in aanwezigheid van een getuige tijdens het gesprek waarin het ontslag wordt aangezegd is daarvoor bijvoorbeeld een goede methode.

> Bij dit alles geldt, dat de werkgever de hier besproken problematiek evenmin kan omzeilen door een ontslag met terugwerkende kracht te geven. Die figuur van het ontslag op staande voet met terugwerkende kracht heeft de Hoge Raad in een arrest van 1984 uitdrukkelijk van de hand gewezen, nadat de lagere rechtspraak reeds eerder voor die lijn koos.[265]

2.7.2 Ontslag op staande voet op termijn: nooit toegestaan?

Vaak wordt gedacht dat een ontslag op staande voet meebrengt dat het ontslag met onmiddellijke ingang gegeven moet worden; anders gezegd, dat het in acht nemen van een korte opzegtermijn nimmer toelaatbaar zou zijn. De rechtspraak van de Hoge Raad leert dat die gedachte niet steeds juist is. Beziet men diens beslissingen uit de eerste decennia van de vorige eeuw, dan is opvallend dat de meeste arresten die in die periode door de Hoge Raad werden gewezen op het terrein van datgene wat thans wordt verstaan onder de onverwijldheidseis, betrekking hadden op de vraag of tijdsverloop tussen het moment waarop ontslag werd gegeven, en het moment waarop de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk eindigde, toelaatbaar was. Het beeld dat uit die rechtspraak opkomt, is dat wanneer de werkgever daadwerkelijk zeer klemmende redenen heeft om het dienstverband nog korte tijd te laten voortduren, het mogelijk is om het ontslag op staande voet te geven op – zo zou men kunnen zeggen – "grote voet", dat wil zeggen met inachtneming van een korte termijn.[266]

Nadat de Hoge Raad in twee arresten van 14 november 1913 en 24 december 1914 – zie daarover hiervoor onder 2.2.2 – had uitgemaakt dat uit de parlementaire geschiedenis van – wat thans zijn: – de artt. 7:677 en 7:678 BW was af te leiden dat een ontslag wegens een dringende reden slechts aan de orde kon zijn wanneer die reden ertoe noopte ook daadwerkelijk onmiddellijk tot ontslag *over te gaan*, wees hij in 1918 een arrest waarin besloten lag dat zo een ontslag niet ook altijd onmiddellijk zou behoeven *in te gaan.* In die zaak was sprake van een ontslag op staande voet van een directeur waarbij een termijn van één week, waarin de directeur werd geacht zijn werkzaamheden over te dragen, in acht was genomen.[267] De Rechtbank had dat ontslag als

---

265 HR 14 september 1984, NJ 1985, 244, rov. 3.4. "In de laatste alinea van onderdeel 2 wordt miskend, dat de wet niet een ontslag op staande voet met terugwerkende kracht toelaat." Zie ook Rb. Den Bosch 13 oktober 2000, JAR 2000/258, waarin een ontslag was gegeven bij brief van maandag 28 juli 1997 met ingang van zondag 27 juli 1997. De Rechtbank converteerde het ontslag op staande voet met terugwerkende kracht in een ontslag op staande voet per 28 juli 1997. Beslissend zal in zo een geval zijn, of bij een ontslag per die datum is voldaan aan de eis van onverwijld ontslag. Zie in gelijke zin: Ktr. Amsterdam 18 februari 1975, Prg. 1975, 1012 en, ruimschoots voordien: Ktg. Amsterdam 7 november 1919, RBA IX, nrs. 3-4.

266 Zie anders: A.M.R.G.L. Noy, Rek in de onverwijldheid bij ontslag op staande voet, NJB 1986, p. 633, die betoogt dat de Hoge Raad juist in het begin blijk gaf van een strenge leer inzake de onverwijldheid. Ik kan dat uit de hier te bespreken arresten niet afleiden.

267 HR 21 juni 1918, NJ 1918, 769.

onverwijld gegeven beschouwd, hetgeen de P.-G. – onder verwijzing naar de arresten uit 1913 en 1914 – onjuist achtte. Zijns inziens bracht een ontslag om dringende reden mee, dat het ontslag ook onmiddellijk zou moeten ingaan. De Hoge Raad was het daarmee oneens. Hij besliste dat de Rechtbank terecht had onderzocht of het ontslag *op de kortst mogelijke* termijn was ingegaan en zonder miskenning van enige regel had kunnen beslissen dat dat meebracht dat in dit geval een ontslag op een termijn van een week toelaatbaar was.

In een uitspraak uit 1925, waarin het ontslag aan de orde was van een "geneesheer eener Indische onderneeming" die was aangenomen voor de behandeling van de "dienaren en hun wettig gezin" van de Singkeptin Maatschappij die werkzaam waren op het eiland Singkep in Nederlands Indië, was zelfs sprake van een tijdspanne van twee weken tussen ontslag en einde dienstverband.[268] De arts werd op 17 juni 1923 per 1 juli 1923 ontslagen op staande voet wegens medische nonchalance.[269] Gedurende de periode van 17 juni tot 1 juli diende hij zijn werkzaamheden ten volle te blijven verrichten. De Rechtbank achtte dat ontslag onverwijld gegeven, nu de arts de enige geneesheer op het eiland was, dat een dagreis verwijderd lag van een plaats waar medische zorg te verkrijgen was, zodat de werkgever er in het belang van het personeel voor had mogen kiezen om bij het geven van ontslag een korte termijn te hanteren om een vervanger te zoeken. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand en overwoog dat, nu onder een dringende reden een ontslaggrond te verstaan valt die tot onverwijlde beëindiging noopt, het de werkgever als regel niet vrijstaat de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden eerst na verloop van enige tijd te laten eindigen. Een redelijke wetstoepassing laat, zo de Hoge Raad, echter niettemin toe, als een zodanige onverwijlde beëindiging te beschouwen een ontslag waarbij de omstandigheden het nodig maken het dienstverband nog korte tijd te laten voortbestaan. Of zich zo een uitzonderingsgeval voordoet staat ter beoordeling aan de rechter die over de feiten gaat. Dat de Rechtbank in de omstandigheden van het geval het uitstel gewettigd had geacht, getuigde volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting en dat dat uitstel alleen strekte in haar belang, deed daaraan niet af.

In een arrest van 1924 lag daarentegen een zaak ter beoordeling voor waarin de feitenrechter tot de beslissing was gekomen dat de door de werkgever gehanteerde periode tussen ontslagverlening en ingang van het ontslag zich niet verdroeg met de eis van onverwijld ontslag. Daarin was een werknemer ontslagen op staande voet met inachtneming van een opzegperiode van bijna twee maanden om hem in de gelegenheid te stellen de zaken van een bijkantoor in Brussel af te wikkelen.[270] De Rechtbank achtte dat uitstel onverenigbaar met het bestaan van een dringende reden die noopt tot onverwijld ontslag. De Hoge Raad liet dat oordeel in stand en besliste dat de Rechtbank terecht had beslist dat hoewel "in bepaalde gevallen eenige speling kan zijn geboden", deze onder de hier aanwezige omstandigheden "ver overschreden" was door het ontslag pas na twee maanden in te laten gaan, ook al ging het slechts nog

268 HR 19 juni 1925, NJ 1925, 936.
269 Zie over de betekenis van dit arrest wat de mededelingseis betreft ook Hoofdstuk 3, in het bijzonder onder 3.4.7.
270 HR 30 oktober 1924, NJ 1924, 1211.

om de afwikkeling van de werkzaamheden van het bijkantoor en ook al had de werknemer zijn oude functie niet meer in volle omvang.[271]

Het bovenstaande laat zich aldus samenvatten dat de Hoge Raad in deze vroege rechtspraak in daadwerkelijk nijpende gevallen een kort uitstel tussen ontslagaanzegging en het moment van ingang van een ontslag op staande voet niet in strijd achtte met de onverwijldheidseis. Of zich die omstandigheden daadwerkelijk voordoen, is echter grotendeels aan toetsing in cassatie onttrokken omdat het daarbij om een feitelijk oordeel gaat. Pas, zo blijkt ook uit een arrest dat in 1929 werd gewezen, als de rechter die over de feiten oordeelt, miskent dat enige speling onder omstandigheden mogelijk is, door uit te gaan van de regel dat een ontslag wegens dringende reden *altijd* onmiddellijk moet ingaan, kan de onjuistheid van dat oordeel in cassatie ten volle worden bestreden met een rechtsklacht.[272]

De hiervoor besproken rechtspraak is, toegegeven, van wat oudere datum en de vraag rijst of deze rechtspraak zijn geldigheid wel heeft behouden. In zijn dissertatie uit 1993 gaat Kuip daar wel vanuit.[273] Ook Bouwens en Duk staan op dat standpunt.[274] Echt recente arresten waarin de Hoge Raad heeft (her)bevestigd dat het niet in strijd is met de onverwijldheidseis wanneer er enige, zij het korte, tijd ligt tussen het moment van opzegging en het einde van het dienstverband, ontbreken. Steun voor de opvatting van de hiervoor genoemde auteurs valt in ieder geval nog wel te vinden in een arrest uit 1951, waarin de Hoge Raad niet onjuist achtte dat de Rechtbank een ontslag als onverwijld gegeven beschouwde dat vier dagen nadat het was gegeven, inging.[275] De termijn was in acht genomen omdat de werknemer nog stukken onder zich had die hij moest inleveren. Toch is enige twijfel gewettigd en wel door een passage uit een arrest dat de Hoge Raad zeventien jaar later wees.[276] Waar uit de hiervoor besproken arresten volgt dat de Hoge Raad onder bijzondere omstandigheden een zekere speling tussen het moment van ontslagaanzegging en het ingangsmoment van dat ontslag aanvaardde, overwoog hij in een arrest van 26 januari 1968 met betrekking tot de aan een ontslag wegens een dringende reden te stellen eisen:

> "(…) dat een ontslagaanzegging op grond van een dringende reden als bedoeld in art. 1639o B.W. strekt tot een beëindiging van de dienstbetrekking op het vroegst mogelijke moment, namelijk *met onmiddellijke ingang*;"

Die (door mij) cursief aangegeven woorden, lijken erop te duiden dat een ontslag op staande voet – anders dan voorheen werd aangenomen – niet op enige termijn gegeven kan worden, waarmee de Hoge Raad zou zijn teruggekomen van eerdere

---

271 Zie ook HR 24 maart 1927, NJ 1927, 700. Dat arrest bevestigt dat de beslissing of sprake is van zodanige bijzondere omstandigheden dat afgeweken mag worden van de regel dat ontslag om een dringende reden onmiddellijk moet ingaan, een feitelijk oordeel vormt. In die zaak had de Rechtbank een uitstel van twee weken niet gewettigd geacht door de bijzondere omstandigheden. Dat oordeel bleef, als feitelijk, in stand.

272 HR 6 december 1929, NJ 1930, 465.

273 Zie S.W. Kuip, a.w., p. 60, p. 86, vide met name voetnoot 87.

274 Zie W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A.Duk, Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer 2011, p. 381 e.v.

275 HR 5 januari 1951, NJ 1951, 532.

276 HR 26 januari 1968, NJ 1968, 139.

rechtspraak.[277] Het is de vraag of dat is wat de Hoge Raad ook daadwerkelijk bedoelde. Zulks met name omdat noch in het arrest zelf, noch in de conclusie van de A.-G. met een woord wordt gerept van die eerdere rechtspraak, hetgeen bij een bewuste koerswijziging wel voor de hand had gelegen. Daarbij komt dat de vraag of een ontslag op staande voet ook op enige termijn gegeven kan worden in de zaak die ter beoordeling voorlag ook niet aan de orde was. Er was daar sprake van een ontslag waarbij de aanzegging en de ingang van het ontslag samenvielen, zoals dat meestal het geval is. Ik zou het er dan ook voor willen houden dat de woorden "met onmiddellijke ingang" aldus moeten worden begrepen dat daarin de hoofdregel die de Hoge Raad voor ogen heeft besloten ligt, maar dat die hoofdregel (nog steeds) niet geheel uitsluit dat onder zeer bijzondere omstandigheden enige "rek" kan zitten tussen het moment van opzegging en de einddatum. Daarbij kan niet genoeg worden benadrukt dat de hiervoor besproken (oudere) rechtspraak van de Hoge Raad vooral niet in die zin moet worden misverstaan dat daaruit kan worden afgeleid dat ook *in het huidige tijdsgewricht* een ontslag op staande voet op een termijn van twee weken steeds of in de regel mogelijk zal zijn. Het zal om echt zeer uitzonderlijke situaties gaan, waarbij het bovendien voor de hand ligt dat die uitzonderingen zich tegenwoordig veel minder vaak zullen voordoen dan in het tijdperk waarin de Hoge Raad die uitzonderingen accepteerde. Was het in 1920 nog gerechtvaardigd om twee weken uitstel te nemen om een vervangende arts naar Singkep te sturen, omdat de dichtstbijzijnde arts een dagreis verwijderd was, thans reist men binnen een dag van Nederland naar Singkep. De toegenomen communicatiemogelijkheden en – meer in het algemeen – de toegenomen snelheid waarmee wordt geopereerd, zullen meebrengen dat een ontslag op staande voet op enige termijn beduidend minder snel gewettigd zal zijn dan een eeuw geleden. In zijn algemeenheid doet een werkgever er tegenwoordig dan ook verstandig aan, een ontslag op staande voet met onmiddellijke ingang te doen ingaan. Alleen als er daadwerkelijk zeer nijpende omstandigheden zijn, er zich – anders gezegd – een noodsituatie voordoet, die noopt tot enig uitstel kan – en mag – dat uitstel worden gehanteerd. Er zijn onvoldoende aanwijzingen om aan te nemen dat de Hoge Raad die rek ten gronde niet meer toelaatbaar zou achten.[278] Een arrest van het Gerechtshof te Leeuwarden van 13 september 2011 bevestigt dat dat Hof die ruimte in ieder geval ten gronde nog steeds aanwezig acht.[279]

2.8 Stelplicht en bewijslast ter zake van de onverwijldheid van het ontslag

Een laatste punt dat aandacht vergt, betreft de stelplicht en de bewijslast ter zake van de in dit hoofdstuk besproken onverwijldheidseis.

277 Kuip, a.w., p. 86, voetnoot 87 ziet in het arrest een bevestiging dat een ontslag op staande voet van de Hoge Raad niet steeds met onmiddellijke ingang behoeft in te gaan. Die lezing kan ik, gelet op de hier geciteerde passage uit het arrest, niet goed volgen.

278 Zie anders D.M. van Genderen e.a., Arbeidsrecht in de praktijk, Den Haag 2012, p. 249 die – naar mijn mening: ten onrechte – opmerken dat het ontslag op staande "direct" moet ingaan en dat enige vertraging niet valt te verenigen met het vereiste van de dringendheid van de ontslagreden.

279 Hof Leeuwarden 13 september 2011, Zaaknr. 200.056.634/01, rov. 7, onder verwijzing naar HR 19 juni 1925, NJ 1925, p. 936.

Allereerst is het van belang om ook in dit kader nog eens het onderscheid aan te stippen tussen (i) de verplichting tot het geven van onverwijld ontslag, en (ii) de verplichting tot onverwijlde mededeling – met de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid "omgekat" in een verplichting tot "gelijktijdige" mededeling – van de ontslaggrond. In een arrest van 26 april 1996 besliste de Hoge Raad uitdrukkelijk dat op de werkgever de stelplicht en bewijslast rusten ter zake van het met (ii) aangeduide punt, de verplichting tot destijds "onverwijlde" en thans "gelijktijdige" *mededeling* van de dringende reden. Anders dan in de literatuur wel is opgemerkt, kan in het arrest van 26 april 1996 dan ook *niet* de beslissing worden gelezen dat ook de stelplicht van de onverwijldheid van het ontslag bij de werkgever ligt.[280] Dat laat onverlet dat het arrest van 26 april 1996 niet zonder belang is voor de beoordeling van de stelplicht van de onverwijldheid van het ontslag, al is het maar omdat niet goed valt in te zien waarom de stelplicht ter zake van de onverwijldheid van de mededeling van de ontslaggrond wel en die ter zake van de onverwijldheid van het ontslag zelf niet bij de werkgever zou berusten. Dat geldt eens te meer, omdat de feiten en omstandigheden die bepalen of een ontslag onverwijld is gegeven, gerekend vanaf het moment dat het vermoeden rees dat zich een dringende reden voordeed, bij uitstek in het domein van de werkgever liggen. De werknemer heeft er vaak nauwelijks inzage in, wanneer dat vermoeden is ontstaan en welke stappen vanaf dat moment op welk moment in het kader van het onderzoek naar de gegrondheid van het vermoeden zijn gezet.

Dat de stelplicht ter zake van de onverwijldheid van het *geven* van het ontslag op staande voet inderdaad ook bij de werkgever ligt, vindt veeleer bevestiging in een arrest dat de Hoge Raad later datzelfde jaar wees. In dat op 27 september 1996 gewezen arrest ging het – in de kern – over de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet dat werkgever Brinkman op 27 oktober 1992 aan zijn werknemer Theelen had gegeven wegens het niet afdragen van gelden die Theelen op 9 oktober 1992 voor Brinkman van een klant had geïncasseerd.[281] Theelen had Brinkman op 10 oktober 1992 in kennis gesteld van de incasso. Brinkman kwam de dag daarop bij Theelen langs om het geld in ontvangst te nemen, maar er ontstond een woordenwisseling waarna Brinkman zonder het geld vertrok. De Rechtbank besliste vervolgens:

> "Naar het oordeel van de rechtbank kan deze gang van zaken (…) niet leiden tot een eerst bij brief van 27 oktober 1992 gegeven rechtsgeldig ontslag op staande voet, nu dat ontslag – gelet op het verloop tussen 9/11 oktober en 27 oktober 1992 – niet voldoende voortvarend is gegeven."

Brinkman stelde cassatieberoep in. In zijn arrest – vide rov. 3.2 – overwoog de Hoge Raad allereerst dat de Rechtbank terecht was uitgegaan van de opvatting dat, wil sprake zijn van een geldige dringende reden, die dringende reden, behoudens bijzondere omstandigheden, ook moet leiden tot onverwijlde verlening van het

280 Zie in die zin wel H.J.W. Alt, a.w., p. 209.
281 HR 27 september 1996, NJ 1997, 42.

ontslag en dat de Rechtbank op die laatste grond, het ontbreken van de onverwijldheid van het ontslag, had beslist dat het ontslag niet geldig was. Daaraan voegde de Hoge Raad in rov. 3.5 vervolgens toe dat de stelplicht en bewijslast ter zake van de aanwezigheid van een geldige dringende reden in beginsel op de werkgever rusten. Daartegenover, zo de Hoge Raad, kan van de werknemer een voldoende gemotiveerde betwisting worden verlangd. Vervolgens overwoog de Hoge Raad dat de werknemer in het kader van deze betwistingsplicht in het onderhavige geval had aangevoerd dat hij de incassering van het bedrag van de klant op 9 oktober 1992 onmiddellijk aan zijn werkgever had doorgegeven en dat hij ook had gesteld dat er in de twee dagen daarop contact was geweest over de afgifte van het bedrag, zonder dat dat tot die afgifte had geleid. De Hoge Raad rept hier dus evident van feiten en omstandigheden die betrekking hadden op wat Levenbach – zie hiervoor onder 2.2.2 – noemde het *subjectieve* element van de dringende reden, dat wil zeggen op datgene wat thans als de eis van onverwijld ontslag bekend staat.[282] Cardinaal is vervolgens de laatste zin van de desbetreffende rechtsoverweging – 3.5 –, waarin de Hoge Raad overwoog dat voor zover het cassatiemiddel ervan uitgaat dat de bewijslast *te dezer zake* – dat wil zeggen: ter zake van de zojuist genoemde feiten die betrekking hadden op de subjectieve dringendheid/onverwijldheid van het ontslag – omdat de werknemer deze had gesteld, op de werknemer rust, het middel faalt omdat het getuigt van een *onjuiste* rechtsopvatting. In die overweging ligt besloten dat ook de stelplicht en bewijslast ter zake van de feiten die betrekking hebben op de "subjectieve dringendheid"/onverwijldheid van het ontslag bij de werkgever ligt. Een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 19 juni 2012 bevestigt de juistheid van die gedachte.[283]

Er zijn, wanneer men de gepubliceerde rechtspraak beziet, weinig uitspraken waarin de werkgever wordt afgerekend op het verzaken van zijn stelplicht inzake de onverwijldheid van het ontslag. Mede in verband daarmee bestaat er nog veel onduidelijkheid over de vraag hoe gespecificeerd de werkgever die stelplicht heeft in te vullen. Een hoogst interessante uitspraak in dit verband is een arrest van het Gerechtshof te Leeuwarden uit 2005.[284] Die zaak had betrekking op het ontslag op staande voet van een buitendienstmedewerker van uitvaartverzekeraar Yarden, die werd verdacht van gerommel met zijn (maandelijkse) kilometerdeclaraties. De werknemer werd bij brief van ene Mr Van Oudenhoven, die later de tot ontslag bevoegde functionaris zijdens Yarden bleek te zijn, d.d. 20 mei 2003 gevraagd om opheldering te geven over de declaratie over de weken 10 tot en met 13 (maart) 2003. De werkgever stelde later in de gerechtelijke procedure dat hem was opgevallen dat de werknemer wel heel erg afgeronde bedragen declareerde en dat hij om die reden op onderzoek was uitgegaan. Mede in verband met arbeidsongeschiktheid van de werknemer en het feit dat hij zijn juridisch adviseur bij de zaak wilde betrekken, werd de werknemer uiteindelijk drie keer, te weten na de brief d.d. 20 mei 2003 ook nog bij

282 Zie over het arrest ook M.G. Rood, TVVS 1996, p. 353-354. Zie over het verschil tussen de subjectieve en de objectieve dringende reden ook hierna onder 4.4.

283 Zie ook Hof Amsterdam 19 juni 2012, LJN: BW8595, rov. 5.15 "De stelplicht en bewijslast met betrekking tot het bestaan van (een) – objectieve en subjectieve – dringende reden(en) die aan het ontslag op staande voet ten grondslag is/zijn gelegd, de gelijktijdige mededeling van die reden(en) en het onverwijld geven van het ontslag op staande voet zelf rust op Rabo".

284 Hof Leeuwarden 21 december 2005, LJN: AU8614.

brieven d.dis 4 juni en 26 juni 2003, in de gelegenheid gesteld om met een sluitende verklaring te komen voor de verschillen tussen de declaratie en de door Yarden vastgestelde gereden kilometers. Toen die verklaring uitbleef, werd de werknemer uiteindelijk bij brief d.d. 9 juli 2003 op staande voet ontslagen. De werknemer riep de vernietigbaarheid van het ontslag in en stelde daartoe dat het ontslag niet onverwijld was gegeven. De Kantonrechter volgde dat betoog. Hij was van mening dat het tijdsverloop van 20 mei 2003 tot 9 juli 2003, gelet op de eenvoudige aard van de te onderzoeken gegevens, te lang was om nog van onverwijld ontslag te spreken. Yarden appelleerde en het Hof kwam eveneens tot het oordeel dat de onverwijldheidseis de werkgever opbrak, maar op basis van een geheel andere redenering, die het citeren waard is:

> "11. Het hof is van oordeel dat de tijd die sedert 20 mei 2003 tot 9 juli 2003 is verstreken, weliswaar wordt gerechtvaardigd door het verlangen van Yarden naar een adequate reactie van [geïntimeerde], waarbij zij in elk geval na de brief van 28 mei 2003 van de vakorganisatie van [geïntimeerde] bij de wijze waarop die reactie zou moeten geschieden, en de aan hem gestelde termijnen (mede) rekening heeft gehouden met (de door [geïntimeerde] gestelde aard van) zijn ongeschiktheid, maar dat Yarden echter geen, althans onvoldoende inzicht heeft gegeven omtrent het tijdstip waarop de feiten die als de dringende reden tot het ontslag worden aangevoerd, voordien ter kennis zijn gekomen van eerder genoemde mr. J.P. van Oudenhoven en evenmin omtrent de feitelijke gang van zaken met betrekking tot de door [geïntimeerde] ingediende declaratie over de weken 10 tot en met 13 van 2003. Het hof moet daarom aan de stelling van Yarden dat het ontslag onverwijld is gegeven, als onvoldoende gemotiveerd voorbijgaan en ervan uitgaan dat zulks niet het geval is geweest."

Uit deze passage valt af te leiden, dat het Hof het tijdsverloop over de periode van 20 mei 2003 tot 9 juli 2003 niet als in strijd met de onverwijldheidseis heeft beschouwd, nu dat tijdsverloop werd ingegeven door de wens om zorgvuldig te handelen en rekening te houden met de arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Mis gaat het voor de werkgever evenwel, omdat hij niet heeft aangegeven wanneer de feiten die bij brief d.d. 20 mei 2003 door de tot ontslag bevoegde functionaris aan de werknemer werden voorgehouden, *voordien* ter kennis waren gekomen van die functionaris en wat er vanaf dát moment tot 20 mei is geschied. Anders gezegd: het Hof was van mening dat de op de werkgever rustende stelplicht meebracht dat de werkgever gespecificeerd had te stellen wanneer het vermoeden van de dringende reden die uiteindelijk aan het ontslag ten grondslag werd gelegd, ter kennis was gekomen van de tot ontslag bevoegde functionaris en wat er vanaf dat moment met het gewraakte kilometerdeclaratieformulier was gebeurd. Die benadering lijkt mij juist en vindt ook steun in een eerdere uitspraak van de Rechtbank Breda.[285]

---

285 Zie Rb. Breda 21 juni 1983, kenbaar uit HR 10 augustus 1984, NJ 1985, 34. In deze uitspraak heeft de Rechtbank beslist dat niet kon worden uitgegaan van de onverwijldheid van een ontslag op staande voet wegens "knoeierijen" met tachograafschijven, nu de werkgever niet had aangegeven "op welke datum zij deze heeft ontdekt en wanneer zij daarover met haar advocaat had gesproken", voordat zij daarop de werknemer aansprak. De daartegen gerichte motiveringsklacht in cassatie faalde. De Hoge Raad liet zich in die zaak niet ten gronde uit over de vraag bij welke partij de stelplicht ter zake van de onverwijldheid van het ontslag ligt. Daarover werd in cassatie ook niet rechtstreeks geklaagd.

Ik zou menen, dat de stelplicht van de werkgever inderdaad meebrengt, dat hij specificeert wanneer bij hem het hiervoor onder 2.3.4 besproken, geconcretiseerde en geïndividualiseerde vermoeden dat zich een dringende reden voordoet, is ontstaan, alsmede, in chronologische volgorde, welke stappen vanaf dat moment (door wie) in het onderzoek daarnaar zijn gezet. Is het onderzoek uitbesteed aan een externe onderzoeker, dan zal de werkgever moeten aantonen welke stappen die onderzoeker wanneer heeft gezet. Het uitbesteden van onderzoek, ontslaat de werkgever immers – naar hiervoor is aangegeven – niet van de verplichting om onverwijld te handelen. Verzaakt de werkgever deze gespecificeerde stelplicht, dan zal door de rechter inderdaad – zoals ook gebeurde in de zojuist uitvoerig besproken zaak waarover het Gerechtshof te Leeuwarden had te oordelen – als onvoldoende gemotiveerd onderbouwd aan de stelling dat het ontslag wel onverwijld is gegeven, voorbij mogen worden gegaan.

Zeker gelet op het feit dat er relatief weinig rechtspraak bestaat ter zake van de vraag hoe ver de stelplicht inzake de onverwijldheid van het ontslag strekt, is het nuttig een blik op het Duitse recht te werpen. Daar geldt, zoals hiervoor is uiteengezet, bij een *fristlose Kündigung* de zogenaamde *Ausschlussfrist* van twee weken, waarbinnen de werkgever het ontslag moet effectueren, nadat hij alle relevante *ins and outs* van de zaak heeft vastgesteld. Ter zake van het beginmoment van die termijn speelt een vergelijkbare problematiek als bij de hier besproken onverwijldheidseis. Ook daar moet worden beoordeeld of de werkgever wel voortvarend, dat wil zeggen binnen de genoemde twee weken na het moment waarop hij de relevante wetenschap had vergaard, heeft gehandeld. De werkgever heeft daarbij de stelplicht (en bewijslast) om aan te tonen *wanneer* hij *welke* kennis had gekregen en dat, gelet daarop, de vervaltermijn van twee weken in acht is genomen.[286] Daartoe moet de werkgever stellen en aantonen dat hij alle relevante informatie niet langer dan twee weken voor de opzegging bijeen had gebracht. Aan deze verplichting heeft de werkgever niet al voldaan als hij ermee volstaat te stellen dat hij de ontslaggrond niet langer dan twee weken voor de opzegging kende. Hij moet veeleer de omstandigheden uiteenzetten waaruit volgt wanneer en waardoor hij van de relevante feiten op de hoogte is gekomen. Teneinde het tijdstip te kunnen bepalen waarop de kennis van de werkgever van de feiten zo ver strekte, dat de *Ausschlussfrist* is gaan lopen, en teneinde de werknemer in staat te stellen om de voorstelling die de werkgever geeft van de wijze waarop hij de betreffende kennis heeft vergaard, te kunnen toetsen en, indien nodig, te betwisten, moet grondig worden toegelicht hoe de ontslaggrond is ontdekt.[287] Wanneer de werkgever, teneinde zijn vermoeden dat zich een grond voor ontslag op staande voet voordoet te staven, nog onderzoek heeft uitgevoerd, zal hij bovendien in het kader van zijn stelplicht moeten aangeven welke punten nog onduidelijk waren en onderzocht moesten worden en welke onderzoeksmaatregelen hij daartoe heeft aangewend.[288] Ik denk dat die maatstaven een nuttig

286 *BAG* 17 augustus 1972 – 2 AZR 359/71 – BAGE 24, 383; BAG 31 maart 1993 – 2 AZR 492/92 – BAGE 73, 42

287 Zie onder meer ook Stahlhacke/Preis/Vossen-Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 856.

288 BAG 1 februari 2007, 2 AZR 333/06, rov. 21.

raamwerk bieden voor een nadere invulling van de wijze waarop de werkgever zijn stelplicht ter zake van de onverwijldheid van het ontslag naar Nederlands recht zou moeten invullen.

In verband met de stelplicht en bewijslast ter zake van de onverwijldheid van het ontslag, is het tot slot nog van belang op te merken, dat ik me niet geheel aan de indruk kan onttrekken dat werknemers(advocaten) nogal eens wat "laten liggen" op dat punt. Zulks in die zin, dat van werknemerszijde in rechte weliswaar vaak de onverwijldheid van het ontslag wordt betwist, maar daarbij de pijlen uitsluitend worden gericht op het tijdsverloop tussen het moment waarop de werkgever zich met zijn vermoeden van een dringende reden bij de werknemer meldde en het moment van het ontslag. Zelden wordt de werkgever door middel van een expliciet daarop gerichte betwisting, *expressis verbis* "uitgenodigd" om aan te geven wanneer hij voordien eigenlijk het vermoeden kreeg dat zich een dringende reden voordeed. De vraag rijst in verband daarmee ook of het de rechter, indien de werknemer zijn betwisting van de onverwijldheid alleen heeft gebaseerd op het tijdsverloop vanaf het moment dat de werkgever zich bij hem meldde tot de ontslagdatum, vrijstaat om de werkgever erop af te rekenen dat hij geen inzage heeft geboden in het moment waarop bij hem voordien het vermoeden van een dringende reden is ontstaan. Ik denk dat de rechter die vrijheid inderdaad heeft en wel omdat aan de betwistingsplicht van de werknemer ter zake van de onverwijldheid van het hem gegeven ontslag, in het algemeen geen hoge eisen gesteld kunnen worden. Als gezegd ligt de vraag wanneer welke feiten bij wie binnen de organisatie van de werkgever bekend waren, bij uitstek in het domein van de werkgever en zal de werknemer daarvan – uitzonderingen daargelaten – geen weet hebben. Zulks terwijl anderzijds op de werkgever de verplichting rust om gespecificeerd aan te geven wanneer bij hem het vermoeden ontstond dat zich een dringende reden voordeed. Voldoet de werkgever daaraan niet, omdat hij zich in het kader van zijn stelplicht beperkt heeft tot een uitwerking van de voortvarendheid van zijn handelwijze vanaf het moment dat hij de werknemer confronteerde met zijn vermoeden, zonder in te gaan op hetgeen voordien bij hem bekend was, dan heeft hij weinig recht zich erover te beklagen als hij op die omissie wordt afgerekend. Van een verrassingsbeslissing of het treden buiten de rechtsstrijd van partijen zal dan in beginsel geen sprake zijn; de onverwijldheid is door de werknemer immers in de rechtsstrijd betrokken en dan is het aan de werkgever om gespecificeerd te stellen wanneer het vermoeden van de dringende reden bij de tot ontslag bevoegde functionaris is ontstaan en wat er nadien is gebeurd, ook voordat de werknemer met het vermoeden werd geconfronteerd.

Steun voor de hier bepleite, strenge, benadering valt te ontlenen aan het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad van 26 april 1996, waarin werd beslist over de stelplicht en bewijslast inzake de onverwijldheid van de mededeling van de dringende reden. In herinnering zij geroepen dat de Hoge Raad in dat arrest besliste dat ook de stelplicht op dat punt bij de werkgever ligt. In cassatie was voorts de vraag aan de orde of de appelrechter de werkgever voor een onaanvaardbare verrassingsbeslissing had geplaatst door in te gaan op het punt van de onverwijldheid van de mededeling van de ontslaggrond, die in die zaak slechts summierlijk door de werknemer was betwist. De Hoge Raad was van mening dat dat niet het geval was, nu het feit dat over het onderhavige punt door partijen nauwelijks was gedebatteerd,

een gevolg was van het feit dat de werkgever op het punt van de onverwijldheid van de mededeling zelf niet aan zijn stelplicht had voldaan. Anders gezegd: de werkgever die, wanneer de werknemer (summierlijk) de onverwijldheid van de mededeling van de ontslaggrond betwist, vervolgens niet gemotiveerd stelt dat en waarom hij die reden wel onverwijld heeft meegedeeld, moet niet verrast zijn wanneer hij, ook zonder dat daar verder debat over is gevoerd, wordt afgerekend op het ontbreken van de desbetreffende onverwijldheid. Ik zou, zoals hiervoor reeds uiteen is gezet, menen dat niet goed valt in te zien waarom die afweging bij de beoordeling van de onverwijldheid van de opzegging anders zou moeten uitvallen. Het is nu eenmaal aan de werkgever om de onverwijldheid van het ontslag gespecificeerd toe te lichten vanaf het moment waarop het vermoeden van de dringende reden bij de tot ontslag bevoegde functionaris ontstond. Doet hij dat vanaf een later moment, omdat de werknemer zich bij zijn betwisting heeft beperkt tot de periode waar hij zicht op had, te weten de periode vanaf het moment waarop de werkgever hem confronteerde met het vermoeden tot het ontslag, dan kan de werkgever zich daar niet achter verschuilen. De stelplicht ter zake van de onverwijldheidseis blijft immers bij hem berusten. Dat alles laat onverlet, dat een werknemer (sadvocaat) er natuurlijk goed aan kan doen om het er niet op aan te laten komen dat de rechter hem te hulp komt. In het kader van zijn betwisting van de onverwijldheid van het ontslag is het verstandig om met zoveel woorden aandacht te vragen voor het moment waarop eigenlijk bij de tot ontslag bevoegde functionaris van de werkgever voor het eerst het vermoeden van een dringende reden ontstond, voordat de werknemer daarmee werd geconfronteerd, wellicht in combinatie met een vordering ex art. 843a Rv. om de op dat punt relevante bescheiden geopenbaard te krijgen.

2.9 Conclusie

Na de voorgaande analyse, waarin allerlei verschillende deel-aspecten en vraagpunten ter zake van de onverwijldheidseis zijn bestudeerd, is het thans aangewezen om te bezien of – en zo ja welke – lijnen in het voorgaande zijn te ontwaren. Door het grote aantal vraagpunten dat bij de beoordeling of is voldaan aan de onverwijldheidseis kan opkomen – en waarop in het voorgaande in detail is ingegaan – zou de gedachte kunnen ontstaan dat sprake is van een in hoge mate *onzekere* afweging. Toch is dat naar mijn mening niet het geval wanneer het detailniveau wordt verlaten en van wat meer afstand naar de materie wordt gekeken. Dan blijkt dat er wel degelijk duidelijke lijnen zijn te ontwaren ter zake van de inhoud en toepassing van het vereiste. De belangrijkste bevindingen die uit het voorgaande zijn te distilleren, zijn als volgt samen te vatten.

Hiervoor onder 2.2 werden allereerst enige beschouwingen gewijd aan de herkomst van het onverwijldheidsvereiste. Daaruit bleek dat dat vereiste, dat pas in 1999 zijn neerslag in de tekst van de wet vond, al vanaf de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst in de regeling van het ontslag op staande voet besloten lag. Tot de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid was dat vereiste onderdeel van het begrip dringende reden; het was wat Levenbach de “subjectieve kant” van de dringende reden noemde. Met de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid

werd het vereiste als het ware losgeweekt uit de dringende reden en op eigen benen gezet. Dat alles is niet onbelangrijk in verband met de hierna onder 4.4 gevoerde discussie over de wenselijkheid van het (blijven) maken van onderscheid tussen de subjectieve en de objectieve dringende reden, een onderscheid dat men in de literatuur en in mindere mate ook in de lagere rechtspraak nog steeds vaak tegenkomt.

De kern van de zaak is vervolgens hoe het vereiste van onverwijld ontslag moet worden begrepen. Dat vereiste houdt, naar volgt uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad, in dat een ontslag op staande voet "onverwijld" moet worden geïmplementeerd, gerekend vanaf het moment waarop bij de tot ontslag bevoegde functionaris binnen de werkgever een vermoeden van het bestaan van een dringende reden heeft postgevat.

Ter zake van het moment waarop die onverwijldheidsperiode een *aanvang* neemt, te weten het moment van het ontstaan van een "vermoeden" van een dringende reden, is in de eerste plaats in die zin een duidelijke les te trekken uit de rechtspraak van de Hoge Raad dat dat vereiste *subjectief* wordt ingevuld. Het gaat om het moment waarop de tot ontslag bevoegde functionaris *daadwerkelijk* op de hoogte kwam van het vermoeden, niet om het moment waarop hij, meer objectief beschouwd, daarvan op de hoogte had kunnen – en wellicht zelfs had moeten – komen. Voor die keuze van de Hoge Raad zijn, naar hiervoor onder 2.3.2 is aangegeven, steekhoudende argumenten aan te voeren, die er kort samengevat in zijn gelegen dat een subjectief criterium helderder is dan een geobjectiveerd criterium, waarbij bovendien geldt dat het ook billijkheidshalve niet erg aanspreekt dat een werknemer zich zou kunnen onttrekken aan een ontslag op staande voet door zijn werkgever te verwijten dat hij maar meer op zijn *qui vive* had moeten zijn en eerder had moeten ontdekken welke misstappen er door zijn personeel werden begaan. Waar onoplettendheid van de werkgever uitmondt in een gedoogcultuur, kan zulks worden geredresseerd via de band van de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. Het bestaan van zo een cultuur kan namelijk bijdragen aan het oordeel dat van een dringende reden geen sprake is.

Vervolgens werd bezien welke *materiële eisen* aan het bestaan van een subjectief vermoeden van het bestaan van een dringende reden moeten worden gesteld, een onderwerp waaraan in de literatuur tot op heden vrijwel geen aandacht is besteed. Geconcludeerd werd, dat aangenomen moet worden dat daarvan pas sprake is als het subjectieve vermoeden van een dringende reden, zowel *geïndividualiseerd* – met betrekking tot de vraag *wie* zich mogelijk aan een dringende reden schuldig heeft gemaakt – als *geconcretiseerd* is. Dat laatste betekent dat de verdenking verder gaat dan een blote veronderstelling. Dat verdenking moet steun vinden in concrete aanwijzingen dat er iets mis is; pas dan is sprake van een zodanig vermoeden dat de werkgever daar in die zin op afgerekend wordt dat de onverwijldheidsperiode een aanvang neemt. Daarbij geldt bovendien dat goed verdedigbaar is, dat de aanwezigheid van zo een *geïndividualiseerd* en *geconcretiseerd* vermoeden door de rechter met terughoudendheid beoordeeld moet worden, hetgeen betekent dat de rechter niet te snel moet aannemen dat daarvan sprake is (als dat door de werkgever wordt betwist). Zo een terughoudende beoordeling is geïndiceerd in het licht van art. 7:611 BW, nu die

bepaling er enerzijds toe noopt dat de werkgever de werknemer niet te snel verdenkt van allerlei mogelijke misstappen en hij anderzijds – behoudens duidelijke aanwijzingen van het tegendeel – mag uitgaan van de goede trouw van de werknemer. Dat hij die verwachting mag koesteren volgt eveneens uit het bepaalde in art. 7:611 BW, dat de werknemer er immers toe noopt loyaliteit jegens de werkgever te betrachten.

Samenvattend valt uit het voorgaande een duidelijke tweeledige regel te distilleren, te weten (i) dat de onverwijldheidstermijn pas een aanvang neemt op het moment dat een subjectief, geconcretiseerd en geïndividualiseerd vermoeden van een dringende reden is ontstaan bij de tot ontslag bevoegde functionaris, waarbij (ii) geldt dat de vervulling van het met (i) aangeduide vereiste door de rechter *terughoudend* moet worden getoetst. Voor "verjaring" van het ontstaan van een vermoeden van een dringende reden is – anders dan in de literatuur wel is bepleit – geen plaats; het feit dat sprake is van "oude feiten" kan wel een rol spelen in de, hierna in hoofdstuk 4 te bespreken, afweging of sprake is van een dringende reden.

Is eenmaal een zowel geïndividualiseerd als geconcretiseerd vermoeden van een dringende reden ontstaan, dan begint de onverwijldheidstermijn te lopen. Binnen die termijn zijn drie fases te onderscheiden, te weten (i) de fase van het ontstaan van het zojuist bedoelde vermoeden tot het moment waarop de werkgever de bewijsbare wetenschap van een dringende reden verkrijgt, (ii) de fase van laatstgenoemd moment tot de opzegging en eventueel (iii) de fase tussen de opzegging en de einddatum.

Overziet men de rechtspraak, dan dient de conclusie te luiden dat de werkgever in de *eerste fase* alle ruimte krijgt tot het voortvarend doen van onderzoek, het vergaren van bewijs en het inwinnen van juridisch advies. De rechtspraak van de Hoge Raad "ademt" tot op grote hoogte dat de werkgever op dit punt vooral niet te streng de maat moet worden genomen, mits het uitstel wordt gerechtvaardigd door en valt uit te leggen vanuit de wens tot het betrachten van zorgvuldigheid, waarbij – zoals de Hoge Raad in het *GTM-arrest* terecht opmerkte – niet uit het oog moet worden verloren, dat het bieden van die ruimte in het belang van *beide* partijen is. In de kern genomen geldt in de eerste fase: uitstel vereist door zorgvuldigheid is gerechtvaardigd. Bezien vanuit het grondbeginsel van zorgvuldigheid zal dan ook tijdsverloop dat wordt veroorzaakt door inachtneming van wettelijke regels bij de uitvoering van onderzoek, zoals de regels van de Wbp en uitstel in verband met toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor – zoals hiervoor onder 2.5.5 en 2.5.6 besproken – niet behoren te leiden tot het oordeel dat *niet* onverwijld is gehandeld. Ziet de werknemer er evenwel, na een herkansingsmogelijkheid, vanaf om te worden gehoord, dan is nog meer uitstel om deze reden in het algemeen niet langer gewettigd. Ook vertraging in een onderzoek in verband met het feit dat de werkgever niet de zwaarste, meest ingrijpende onderzoeksmethodes hanteert, maar kiest voor een zorgvuldige aanpak waarbij middelen worden aangewend die een objectief te rechtvaardigen inbreuk maken op de betrokken grondrechten van de werknemer, behoort hem in het licht van het voorgaande niet te worden tegengeworpen in het kader van de onverwijldheidseis (zie onder 2.5.10).

In het verlengde van het voorgaande blijkt de rechtspraak ook bij de beantwoording van de vraag in hoeverre oorzaken aan de kant van de werknemer – zoals vakantie en ziekte – tot vertraging in het onderzoek naar het bestaan van een

dringende reden mogen leiden, een ruim standpunt in te nemen. Enig uitstel van het onderzoek in verband met afwezigheid van de "verdachte" werknemer wegens een reguliere vakantie wordt door de rechtspraak als toelaatbaar beschouwd. Het door de Hoge Raad in 2000 in de zaak *Prins/Hema* gewezen arrest is in dat verband veelzeggend. Bij afwezigheid wegens ziekte geldt iets vergelijkbaars; op dat punt volgt uit de rechtspraak van de Hoge Raad dat indien en voor zover de ziekte aan het onderzoek/horen in de weg staat, uitstel gerechtvaardigd is. *Onnodig* uitstel wordt niet toegestaan. De lagere rechtspraak volgt, een enkele uitzondering daargelaten, deze lijn.

Aangenomen moet voorts worden dat het de werkgever vrijstaat om een onderzoek naar een bij hem gerezen vermoeden van een dringende reden uit te besteden. Appelrechtspraak waarin tot uitgangspunt is genomen dat de werkgever zulk onderzoek, uitzonderingen daargelaten, *zelf* zou moeten doen, komt mij onjuist voor. Anders dan in de praktijk vaak gedacht wordt, ontslaat zulk *outsourcen* van onderzoek, wanneer op het moment dat de opdracht wordt verstrekt reeds een vermoeden (in de hiervoor besproken zin) van een dringende reden bestaat, de werkgever evenwel *niet* van de "onverwijldheidseis". Maar ook hier geldt dat voor zover door de externe onderzoeker op grond van de voor hem geldende gedragsregels betrachte zorgvuldigheid tot vertraging leidt, die vertraging geen strijd met de onverwijldheidseis zal opleveren mits de onderzoeker zich binnen de grenzen die de zorgvuldigheid meebrengt maximaal voor de voortgang van het onderzoek heeft ingespannen.

Dat de Hoge Raad in het kader van de eerste fase van de onverwijldheidseis geen overspannen eisen stelt aan de werkgever en "zorgvuldigheid voor tijd" vindt gaan, blijkt tot slot ook uit zijn leer dat een werkgever, wanneer er van overheidswege een opsporingsonderzoek is ingesteld naar gedrag dat arbeidsrechtelijk wellicht als dringende reden kwalificeert, de werkgever toestaat de uitkomst daarvan af te wachten, zulks – vermoedelijk – mede vanuit de overtuiging dat er in zijn algemeenheid vanuit mag worden gegaan dat juist zo een onderzoek bijdraagt aan zorgvuldigheid. Die vrijheid vindt, naar hiervoor onder 2.5.12 uiteen is gezet, wel zijn begrenzing daarin dat, wanneer de werkgever hangende zo een onderzoek zelf de bewijsbare zekerheid verkrijgt dat zich de dringende reden inderdaad voordoet, hij in dat geval niet langer zal mogen wachten, wil hij wegens het van overheidswege onderzochte gedrag op staande voet ontslaan.

Tot slot verdient opmerking dat de genuanceerde opstelling van de Hoge Raad, die anders dan in de literatuur in het verleden wel is gesuggereerd, de werkgever wel degelijk de ruimte laat voor beraad, ook bevestiging vindt in zijn opvatting over de vraag of de werknemer gedurende die onderzoeksfase geschorst moet worden. Of het niet schorsen zich verdraagt met de in de onverwijldheidseis besloten liggende gedachte dat de werkgever ook moet laten zien dat de dringende reden door hem als dringende reden wordt ervaren, hangt volgens de Hoge Raad af van de omstandigheden van het geval, zoals de aard van het aan de werknemer verweten gedrag, de aard van de arbeid en de situatie waarin deze moet worden verricht. Leidt dat criterium tot onzekerheid? Alleen als de werkgever het erop laat aankomen; het veilige advies in dit verband is om bij een vermoeden van een dringende reden steeds te schorsen, tenzij dat vanuit opsporingsperspectief onwenselijk is. De werkgever heeft de onzekerheid op dit punt zelf in de hand; hij kan het zekere voor het onzekere nemen.

Waar in de eerste onverwijldheidsfase alle ruimte wordt geboden aan de werkgever om, mits voortvarend wordt gehandeld, zorgvuldig en indien nodig ook langdurig onderzoek te doen, geldt in de tweede fase, dat wil zeggen in de periode vanaf het moment dat de werkgever de bewijsbare zekerheid heeft gekregen dat zich een dringende reden voordoet, tot het moment van de opzegging, een veel strenger regime. De Hoge Raad heeft ook op dat punt duidelijkheid gebracht: op dat moment nog "dralen" met het ontslag, verdraagt zich in het algemeen niet met het vereiste van onverwijld ontslag. De heldere regel luidt dus dat zodra het vermoeden van een dringende reden converteert in de aantoonbare zekerheid van het bestaan daarvan, het ontslag *per omgaande* gegeven moet worden. Dat betekent bijvoorbeeld dat een werkgever die op dat moment besluit om niet te ontslaan, omdat hij het vermoeden heeft dat de werknemer zich wellicht ook nog aan een andere dan de inmiddels vaststaande dringende reden heeft schuldig gemaakt, een groot risico neemt in de onverwijldheidssfeer. Worden in het aanvullende onderzoek geen nieuwe belastende feiten ontdekt, dan heeft hij de mogelijkheid om op staande voet te ontslaan wegens alleen de eerder vastgestelde dringende reden verspeeld. Voor afwijking van die regel – hetgeen in feite neerkomt op het terzijde schuiven van de wettelijke onverwijldheidseis en dus, in het licht van het bepaalde in art. 6:2 lid 2 BW, slechts mogelijk is om een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar resultaat te voorkomen – zal vrijwel nooit ruimte bestaan, alleen al omdat de werkgever in zo een geval nog wel ontbinding wegens een dringende reden kan verzoeken. Heeft de werkgever het onderzoek naar zijn vermoeden van een dringende reden uitbesteed aan een externe onderzoeker, dan gaat deze regel evenzeer op, hetgeen betekent dat de werkgever er goed aan doet nauwgezet vinger aan de pols te houden en de onderzoeker te instrueren tot het geven van tussentijdse updates, telkens wanneer er (bewijs van) nieuwe bezwarende feiten die een dringende reden kunnen constitueren, naar boven is gekomen.

Een (ogenschijnlijke) uitzondering op de in beginsel strenge regel dat de werkgever zodra hij de bewijsbare zekerheid heeft dat zich een dringende reden voordoet, niet mag dralen bij het geven van ontslag, vormt de door de Hoge Raad omarmde mogelijkheid dat de werkgever de werknemer op dat moment een beëindigingsvoorstel doet, ter voorkoming van het ontslag op staande voet, bij gebreke van aanvaarding waarvan het ontslag alsnog – met enige vertraging – kan worden gegeven. Bij nadere beschouwing is hier niet eens sprake van een daadwerkelijke uitzondering op de regel dat in de tweede fase niet gedraald mag worden en wel omdat het ontslagtraject ook bij het doen van zulk een voorstel wel degelijk direct wordt ingezet: de werknemer wordt onmiddellijk duidelijk gemaakt dat een beëindiging wegens de dringende reden zal volgen.

Uitstel dat in de tweede onverwijldheidsfase wordt veroorzaakt doordat, alvorens het ontslag daadwerkelijk geïmplementeerd kan worden, bepaalde wettelijke, statutaire, of bij CAO voorgeschreven procedure-vereisten moeten worden doorlopen, zal evenmin vaak voor problemen in de onverwijldheidssfeer zorgen. Zolang de werkgever de verplichtingen uit hoofde van die procedures, nadat de dringende reden is komen vast te staan, zonder dralen doorloopt, is van met de onverwijldheidseis onverenigbaar dralen met het geven van ontslag op staande voet – als door de Hoge

Raad bedoeld – geen sprake. Dat is overigens ook weer geheel in lijn met de grondgedachte van de Hoge Raad, die spreekt uit het *GTM-arrest*, dat zorgvuldigheid bij de beoordeling van de dringende reden voor tijd gaat. Waar het ten gronde om gaat, is dat de werkgever, zodra hij de tweede fase van de onverwijldheidseis ingaat, dat wil zeggen op het moment waarop het vermoeden van een dringende reden in bewijsbare zekerheid van het bestaan daarvan converteert, zonder dralen het ontslagtraject *opstart.* Dat betekent dat als voor het geven van het ontslag geen verdere formele vereisten gelden, meteen ontslag moet worden aangezegd, terwijl als zulke formele vereisten wel gelden, de daarvoor vereiste tijd gewoon genomen mag worden.

De laatste te onderscheiden onverwijldheidsfase betreft de periode van het moment waarop het ontslag wordt aangezegd, tot het moment waarop het ontslag op staande voet ingaat. Ook hier geldt een duidelijke hoofdregel: enig "licht" tussen die twee rechtsmomenten is in beginsel niet toegestaan. Het ontslag moet, zeer bijzondere omstandigheden daargelaten, echt met onmiddellijke ingang ingaan. Alleen in noodsituaties zal daarop een uitzondering aanvaard kunnen worden, waarbij geldt dat aangenomen mag worden dat zulke uitzonderingen in het huidige tijdsgewricht veel minder snel zullen voorkomen dan aan het begin van de vorige eeuw, toen de Hoge Raad zelfs een keer een ontslag op staande voet op een termijn van twee weken honoreerde. In de derde fase geldt dat vrijwel geen enkel uitstel meer geduld wordt: alleen in gevallen in de categorie "nood breekt wet" zal een uitzondering denkbaar zijn.

Tot slot is ingegaan op de stelplicht en bewijslast ter zake van het vervuld zijn van de eis van onverwijld ontslag. Ook daar geldt een duidelijke regel, zij het dat de mogelijkheden die die regel biedt, aan werknemerszijde (wellicht door onbekendheid ermee) tot op heden weinig benut lijken te worden. De stelplicht ter zake van de onverwijldheidseis ligt, zo valt af te leiden uit rechtspraak van de Hoge Raad, net als de stelplicht en bewijslast van het bestaan van een dringende reden bij de werkgever. Er is weinig rechtspraak over de vraag waartoe die stelplicht de werkgever verplicht. In het licht van het voorgaande lijkt evenwel goed verdedigbaar, dat op de werkgever in de eerste plaats de verplichting rust om in ieder geval concrete inzage te bieden in het moment waarop bij hem – dat wil zeggen: bij de tot ontslag bevoegde functionaris – het subjectieve, voldoende geconcretiseerde en voldoende geïndividualiseerde vermoeden van een dringende reden ontstond. Vervolgens zal de werkgever, in chronologische volgorde, inzage hebben te bieden in de concrete stappen die daarna in de hiervoor onderscheiden onverwijldheidsfases zijn gezet en door wie, om zo inzichtelijk te maken hoe het tijdsverloop van het ontstaan van het vermoeden tot het moment waarop het ontslag is ingegaan, gerechtvaardigd kan worden. Voldoet de werkgever niet aan deze gespecificeerde stelplicht, dan zal de rechter ervan uit hebben te gaan dat de werkgever onvoldoende heeft gesteld om de conclusie dat onverwijld is ontslagen te wettigen, waardoor aan het ontslag op staande voet een gebrek kleeft.

Al met al zijn de eisen die volgen uit de onverwijldheidseis voldoende helder en is sprake van een deelvereiste dat "werkt".